

Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien

veröffentlicht

von

Dr. Emil Ebering.

Heft XXVIII.

Das Untersuchungsrecht des internationalen Seerechts in Krieg und Frieden.
Von Dr. Max J. Loewenthal.

Berlin 1905.

Das Untersuchungsrecht

des internationalen Seerechts

in Krieg und Frieden.

Von

Dr. Max J. Loewenthal.



BERLIN
Verlag von E. Ebering
1905.

Dem Lehrer

Herrn Landgerichtsrat a. D.

Dr. Carl Goesch

in dankbarer Verehrung

vom Verfasser

zugeeignet.

Die vorliegende Arbeit entstand in den Jahren 1903 und 1904, vor dem Ausbruch des Krieges zwischen Russland und Japan. —

Zum Teil infolge der geographischen Lage des Kriegsschauplatzes und der beiden feindlichen Länder zu einander ist in diesem Kriege das Untersuchungsrecht bereits in ausserordentlich zahlreichen Fällen ausgeübt worden und wird noch ausgeübt, und viele der visitierten Schiffe sind beschlagnahmt und zur Aburteilung aufgebracht worden. Die Grundsätze, die die Prisengerichte beider kriegführenden Staaten einer langen Reihe zu fällender Entscheidungen unterlegen, werden also voraussichtlich von gewichtigem Einfluss auf die Entwickelung des Untersuchungsrechts im Internationalen See-Kriegsrecht sein.

Es wäre daher von Vorteil gewesen, wenn die stattgehabten Visitationen für die vorliegende Arbeit bereits hätten verwertet werden können. Jedoch erst das Prisengerichtsurteil über die Rechtmässigkeit — oder, bei einem Protest der betroffenen neutralen Regierung, die diplomatische Erledigung — einer Visitation kann eine Basis für völkerrechtliche Ausführungen bieten.

Nun haben freilich die Tageszeitungen bereits Proteste und Verhandlungen berichtet und auch Prisengerichtsurteile gemeldet, aber ihre Notizen erscheinen für den Zweck dieser Arbeit doch als ausschliessliche Quelle nicht zuverlässig genug, und amtlich sind — soweit ich erfahren konnte — Entscheidungen noch nicht veröffentlicht worden; auch die zuständigen diplomatischen Behörden waren daher zur Auskunft nicht imstande.

Die Arbeit musste deshalb darauf verzichten, die Ereignisse up to date rechtlich zu erörtern, und sich mit dem Versuch einer Darstellung des Untersuchungsrechts in seiner Entwickelung bis in die jüngste Vergangenheit begnügen.

Ein sicheres Urteil über die völkerrechtliche Tragweite der in Betracht kommenden Vorgänge im gegenwärtigen Kriege wird überdies erst ausgesprochen werden können, wenn alle etwa aus ihnen erwachsenden internationalen Vereinbarungen veröffentlicht sind, und die Entscheidungsgründe aller Prisengerichtsurteile, nachdem deren Reihe abgeschlossen ist, vorliegen, — das heisst: nach dem Ende des Krieges.

Berlin, im Januar 1905.

d. V.

UEBERSICHT.

I. Abschnitt.
Begriff des Untersuchungsrechts.

II. Abschnitt.
Geschichtliche Entwickelung.

ZWEITER UMKREIS.

Entwickelung im Völkerrecht des Friedens.

IV. Periode.

V. Periode.

III. Abschnitt.
Gegenwärtiger Umfang der Ausübung.

Eingang.

Umfang der Ausübung im Frieden.

Umfang der Ausübung im Kriege.

I. Abschnitt.

Begriff des Untersuchungsrechts.

Eingang.

Kapitel I.

Zur Terminologie.

Untersuchungsrecht ist die völkerrechtliche Befugnis einer Macht, durch ihre Kriegsschiffe oder durch andere Schiffe, die zur Ausübung von Befugnissen eines Kriegsschiffes staatlich ermächtigt sind, zwecks Feststellung der Nationalität von Schiff und Ladung und zwecks Feststellung etwaiger völkerrechtlicher Delikte Schiffe unter fremder Flagge auf hoher See und in nicht-neutralen Küstengewässern anhalten, in ihre Papiere Einsicht nehmen und eventuell Schiffsraum und Ladung durch Augenschein prüfen zu lassen.

Das so umgrenzte Recht enthält drei getrennte Befugnisse:

1. die Befugnis, ein Schiff anzuhalten, ... diese Befugnis ist die Basis und die notwendige Voraussetzung der beiden weiteren:
2. die Befugnis, Einsicht in die Schiffspapiere zu nehmen,
3. die Befugnis, den Schiffsraum und die Ladung des Schiffes einer persönlichen Inaugenscheinnahme zu unterwerfen.

Wir dürfen nicht daran gehen, das Recht in seiner Totalität oder diese seine einzelnen Teilbefugnisse juristisch zu erörtern, ohne vorher die für unseren Gegenstand gebräuchliche Terminologie zu prüfen.

Die Rechtswissenschaft verlangt, wie vielleicht keine andere, peinlichste Gewissenhaftigkeit der Begriffsbildung und schärfste Eindeutigkeit der Bezeichnungen. Denn die von ihr geschaffenen Begriffe geben die Grundlage zu autoritativen, mit unbeugsamem Zwang durchführbaren Entscheidungen über die höchsten materiellen und ideellen Güter, über Eigentum, Freiheit, Ehre und Leben von Menschen.

Im höchsten Masse ist diese Sorgfalt und Eindeutigkeit in Begriffsbildung und Ausdruck gerade im Völkerrecht notwendig, denn hier streiten über Rechtssätze Theoretiker verschiedener Zunge miteinander, hier behaupten Staaten verschiedener Zunge unter den von der Wissenschaft geprägten Bezeichnungen ihre Rechte gegeneinander, denen erforderlichenfalls mit Waffengewalt Achtung zu erzwingen, sie bereit und fähig sind, und stützen die juristische und sittliche Berechtigung der verheerendsten Kriege — und können sie nur stützen — auf einen völkerrechtlichen Begriff.

Gerade im Völkerrecht stösst die Begriffsbildung noch auf eine besondere Schwierigkeit: bei aller Vorsicht, bei peinlichster Integrität und optima fides des „wissenschaftlichen Gewissens“ wird ein Publizist sich nur bis zu einem gewissen Grade dem gefühlsmässigen Einfluss des nationalen Interesses, der Tendenz der vaterländischen Politik entziehen können. Und dieser Einfluss wird zur Folge haben nicht nur, dass der betreffende den Umfang des fraglichen Rechts mit einer optima fide logisch und juristisch entwickelten Begründung ausdehnt oder einschränkt, sondern auch, dass er den Begriff selbst weniger objektiv fasst und ausspricht. — Gerade inbezug auf den vorliegenden Gegenstand hat sich diese nationale Tendenz mehrfach unverkennbar geäussert.

Die demgegenüber nötige Sorgfalt wird es unvermeidlich machen, schon in diesem Abschnitt manches zu streifen, was später wieder in anderen Zusammenhängen auszuführen nötig sein wird. Aber solche Wiederholungen rechtfertigen sich mit dem Grundsatze Hautefeuille's:[1] „Les droits et les devoirs des peuples doivent être tracés de manière à ne laisser aucun doute, aucune obscurité, je dirai même aucun moyen de les travestir par de fausses interprétations."

Wichtig für den behandelten Gegenstand ist ausser der deutschen Terminologie die der Engländer und Nordamerikaner und die der Franzosen bezw. der französisch schreibenden Publizisten.[2]

Das eingangs definierte Recht wird von der deutschen Völkerrechtswissenschaft überwiegend als Durchsuchungsrecht bezeichnet: so Stoerck in Holzendorff's Handbuch des Völkerrechts 1887, Bd. II, S. 499, Strauch in Bluntschli's Staatswörterbuch 1875, S. 549, Perels in Stengel's Wörterbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, S. 293, v. Mirbach: Völkerrechtliche Grundsätze des Durchsuchungsrechts zur See, 1903.

Andere Bezeichnungen sind: Visitationsrecht (Perels, Nau), Untersuchungsrecht[3] (Geffken in Holzendorff's Hand-

1. „Droits et devoirs des nations neutres en temps de guerre maritime." 1858 III S. 157.

2. Ueber die Terminologie schreiben ausführlich: Bornemann, „Ueber die gebräuchliche Visitation der neutralen Schiffe und die Convoi" 1801, S. 125 ff.; Th. Barclay, Revue 1890 S. 454 ff.

3. Die vom Verf. gewählte Bezeichnung „Untersuchungsrecht" findet sich also für sich allein nur bei Geffken, in Verbindung mit „Heimsuchungsrecht" bei Heffter. Nur noch eine Monographie in deutscher Sprache, von F. I. Grund, Leipzig 1842, heisst: „Das Untersuchungsrecht".

buch 1889, Bd. IV, § 169), Heimsuchungs- und Untersuchungsrecht (Heffter, § 168, S. 324), Visitations- und Durchsuchungsrecht (Bulmerincq in Holzendorff's Rechtslexikon 1880, Bd. II, S. 578), Besichtigungs- und Durchsuchungsrecht (v. Martens 1883, Bd. II, § 137), Besuchs- und Durchsuchungsrecht (Bluntschli 1878, § 352).

Die Engländer geben dem Recht die Bennenung: right of visitation (Croke „Remarks on M. Schlegel's work upon the visitation of neutral vessels under convoy" 1801), in neuerer Zeit fast durchgängig: right of visit and search (Lord Stowell, Wheaton 1880, p. 607, Phillimore, Auflage 1854, Bd. I, p. 326), daneben: right of search (Canning cit. bei Walker, S. 127).

Diese letzte Bezeichnung dehnt, wie auch die gebräuchlichste deutsche: Durchsuchungsrecht, die Bezeichnung der Befugnis zur persönlichen Prüfung von Schiffsraum und Ladung auf das ganze sie umfassende Recht aus; sie beruht hier auf der gerade von englischer Seite stets betonten Wichtigkeit dieser weitestgehenden Befugnis und bedeutet nicht etwa eine Verschmelzung der beiden Begriffe „visit" und „search".

Solche Verschmelzung wird vielmehr von den Amerikanern vorgenommen. „Right of search" ist die ihrer Auffassung entsprechendste Bezeichnung für den umfassenden Rechtsbegriff (Walker S. 124 ff.). Wo aber bei ihnen die Bezeichnung „visitation and search vorkommt (Lawrence: „Visitation and search", ferner in Introductory remarks on 6. Ed. of Wheaton's Elements 1855), ist sie nicht analysierend, sondern pleonastisch,[4] nur Kent („Commentaries on American law") trennt begrifflich „visit" von „search".[5].

4. Story (cit. bei Lawrence S. 184): „A distinction is attempted without any authority between visitation and search. These are words that always go together in our international law."

5. Kent gebraucht gleichbedeutend „visitation or search" für die Durchsuchung im engeren bezw. weitestgehenden Sinne (4. Ausg.

In der französischen Literatur ist die Bezeichnung „droit de visite" vorherrschend, zum mindestens neben anderen Bezeichnungen gebrauchen sie alle Publizisten.[6] Die Bezeichnung „droit de visite" entspricht nicht, wie man annehmen könnte, dem englischen „right of visit", sondern vielmehr gerade dem „right of search". Barclay belegt dies in der genannten Abhandlung (vgl. oben Anm. 2) mit den ausdrücklichen Erklärungen mehrerer Franzosen.[7] Dieser Sinn des französischen Wortes „visite" erklärt auch, dass Schriftsteller, welche wie Hautefeuille[8] das Visitationsrecht nicht in der Ausdehnung bis zu seiner weitestgehenden Befugnis anerkennen, auch die Bezeichnung „droit de visite" verschmähen. Hautefeuille spricht nur von einem „droit de vérification du pavillon", eine Bezeichnung, die nur die Befugnis, die Schiffspapiere zu prüfen, umfasst; denn nur in diesem Umfange erkennt er das Untersuchungsrecht an.

Bd. I S. 153) und unterscheidet davon als: „wholly distinct from the right of search", ein right of visit, die Befugnis, die Papiere einzusehen. (Cit. bei Lawrence S. 100).

6. De Cussy (Droit maritime Bd. II S. 385) gebraucht, wenn man der Uebersetzung von Lawrence (S. 78) folgen darf, neben „droit de visite" auch „droit de visite et de recherche". Calvo, allerdings nicht Franzose, sondern ein französisch schreibender Südamerikaner sagt ebenfalls (Bd. V Buch VI) „droit de visite et de recherche".

7. Revue 1890 S. 456 Anm. 1: „Visite, dit le Repertoire méthodique et alphabétique de législation de Dalloz, s'entend ici des perquisitions, des recherches, opérées sur des personnes dans des maisons etc., de l'examen des lieux, des personnes et des choses."

Littré donne le sens juridique du mot visite: „Recherche, perquisition dans un lieu, soit pour y trouver quelque chose ou soit pour voir si tout y est en ordre.

8. Hautefeuille: des droits et des devoirs des nations neutres Bd. III Tit. 11".

Für diesen — wenn wir von dem notwendigen Vorbereitungsakt des Anhaltens[9] absehen — ersten von den zwei wichtigen Bestandteilen des behandelten Rechts ist in der deutschen Wissenschaft noch keine Sonderbezeichnung allgemein durchgedrungen. Wir finden solche in den Gesamtbezeichnungen von Heffter: Heimsuchungs- und Untersuchungsrecht, von v. Martens: Besichtigungs- und Untersuchungsrecht, von Bulmerincq: Visitations- und Durchsuchungsrecht und von Bluntschli: Besuchs- und Durchsuchungsrecht.

Die allgemein angenommene englische Bezeichnung dieser Befugnis ist „right of visit"; den gleichen Begriff deckt im Französischen, wie erwähnt, nicht die Bezeichnung „droit de visite", sondern dem Hauptzweck dieser Befugnis entsprechend „droit d' enquête du pavillon" oder „de vérification du pavillon". Die Amerikaner haben die blosse vérification zeitweise als „right of approach" dem — ihnen tautologen — „visitation and search" gegenübergestellt.[10]

Die weitestgehende Befugnis, von dem Innern des Schiffsraumes, von der Natur der Ladung durch Augenschein Kenntnis zu nehmen, wird in der deutschen Wissenschaft als Untersuchungsrecht (Heffter, v. Martens) oder als Durchsuchungsrecht (Bluntschli, Bulmerincq) bezeichnet.

Die Engländer nennen sie einstimmig „right of search"; von Amerikanern derjenige, der die beiden Befugnisse trennt, Kent: „Visitation or search" (vgl. oben Anm. 5).

Bei den französisch bezw. französisch schreibenden Autoren heisst die Ausübung derselben Befugnis — die Befugnis selbst anerkennen, wie schon erwähnt, nicht alle

9. Dieser Vorbereitungsakt hat eine feststehende einheitliche Bezeichnung nur im Französischen: „Droit d'arrêt", im Deutschen kommt die Benennung: „Recht der Anhaltung" vor, welcher man die Uebersetzung aus dem Französischen anmerkt.

10. Kent, vgl. Phillimore Aufl. von 1857 Bd. III S. 424.

— „visite", daneben „recherches" und „perquisition". Einige Franzosen gebrauchten „recherches" und „visite" promiscue;[11] dass „visite" mit „recherches" oder „perquisition" gleichbedeutend ist, wird zweifellos deutlich an verschiedenen Stellen bei Castel.[12] Die französische Literatur gebraucht also das Wort „visite" noch in seiner älteren Bedeutung, während das „visit" im englischen Sprachgebrauch seinen Sinn geändert hat. Diesen geschichtlichen Wechsel in der

11. De Rayneval: De la liberté des mers Bd. I Kap. 16 „Des visites ou recherches", Peuchet (Lampredi) „Commerce des neutres" 1. Teil, C. XII S. 161: Lorsque l'on soupçonne de la fraude malgré la régularité des papiers de mer, la visite doit être faite avec plus de sévérité . . . hors ce cas toute recherche dictée par l'avidité et la supériorité est une violence . . . . Verwirrend ist es aber, wenn Calvo „simple vérification ou recherche du pavillon" im Gegensatz zu der weiter gefassten „visite proprementdite" setzt, also die ür die weitergehende Befugnis vorkommende Bezeichnung „recherche" hier für die engere verwendet, wenn auch mit dem erläuternden Zusatz „du pavillon". Hautefeuille, der als Recht nur „enquête du pavillon" anerkennt, setzt mit Bezug auf die faktische Ausübung jedoch „visite" (= visit) und „recherches" (= search) einander entgegen (vgl. bes. l. c. Bd. III Tit. 11, S. 430).

12. „Du principe de la liberté des mers" S. 173 (bezüglich der Convention zum Schutz der Hochseefischerei in der Nordsee): „Ils peuvent alors exiger du patron du bateau auquel une contravention est ainsi imputée, d'exhiber la pièce officielle justifiant de sa nationalité . . . . Si toutefois il etait nécessaire d'aller plus avant dans leurs investigations pour relever la preuve d'un délit ou d'une contravention, ils seraient libres d'agir. C'est là l'exercice du droit de visite. Ferner S. 179 (bezügl. der Konferenz zur Unterdrückung des Branntweinhandels auf der Nordsee 1884): „Les commandants des vaisseaux de guerre peuvent, en cas de doute, exiger du capitaine la production du titre officiel établissant la nationalité du navire et en dresser procés-verbal. . . . Sur les instances de la France et de l'Allemagne, la conférence avait ainsi abandonné le droit de visite".

Terminologie des Rechts hat Bornemann schon 1801 (vgl. oben Anm. 2) aufgezeigt.[13]

Bornemann's genaue Untersuchung der Bezeichnung „Visitation" ist an dieser Stelle auch deshalb von Interesse, weil sie auf den Streit um das Untersuchungsrecht zwischen England und den Vereinigten Staaten von Nordamerika (vgl unten Kap. XIV) und auf die Verschiedenheit der englischen und der nordamerikanischen Begriffsbildung — bei jenen visit and search, bei diesen visit or visitation or search — ein Licht wirft.

Bornemann führt aus, dass in den älteren Verträgen (vor 1782) das Wort „visitieren" stets im Sinne von „durchsuchen" gebraucht worden ist. Dies wird allerdings bestätigt durch die Vorschrift eines als Beispiel angeführten Vertrages zwischen England und Dänemark (von 1780, Art. 20), „dass Schiffe, die keine Pässe haben, oder gegen die augenscheinlicher Verdacht stattfindet, visitiert werden müssen". Das bedeutet unverkennbar „durchsucht werden müssen".

Den Kapern des 17. und 18. Jahrhunderts aber kam es auf die Wegnahme an, sie haben in allen Fällen die Durchsicht der Papiere („Examen") zu einer „Visite" im älteren Sinne ausgedehnt. Zwischen „Examen" und „Visite" bestand bei diesem Vorgehen praktisch kein Unterschied mehr. Und schliesslich bezeichneten Völkerrechtslehrer sowie Verträge (angeführt sind ein Vertrag zwischen Holland und den Vereinigten Staaten, 1782, Art. 10 und ein Vertrag zwischen Russland und Frankreich, 1787, Art. 31) den ganzen Vorgang und im engeren Sinne seinen ersten Teil, das „Examen", als „Visite". Also, was früher eine im Regelfall unzulässige Ueberspannung der Befugnis bezeichnet hatte: „Visite", bezeichnete nun eine erlaubte Rechtshandlung. Diese Aenderung benutzte nun zu seiner Zeit, so sagt Borne-

13. Vgl. auch Hautefeuille (vgl. o. Anm. 11).

mann, England und stipulierte in Verträgen die Visite im neueren Sinn, um dann die Visite im älteren Sinne auszuüben. Mit Bezug auf dieses Verfahren sei im englisch-dänischen Konflikt (vgl. u. Kap. XII) der dänische Minister Graf Bernstorff berechtigt gewesen, an den englischen Gesandten Lord Whitworth zu schreiben: „sich auf das Recht der Nationen zu berufen, welches allgemein angenommen und anerkannt ist (und „Visite" im älteren Sinne nahm und in der Regel verbot), und auf die Meinung der aufgeklärten Juristen, die diese Materie behandelt haben (und „Visite" im neueren Sinne natürlich anerkannten), heisst die klarsten Begriffe verwirren und den Sinn der Dinge und der Worte verdrehen."

Es lässt sich allerdings feststellen, dass England noch gegen die Mitte des 19. Jahrhunderts in Verträgen die Befugnis „to visit" stipulierte und in den dazu erlassenen Instruktionen den Schiffsbefehlshabern — allerdings beider Vertragsmächte — die Befugnis „to visit and search" erteilte, so in Verträgen mit Uruguay, mit Chile 1839, mit Bolivia 1840.[14] Dagegen spricht der Vertrag mit Texas, auch noch 1840 im Art. 2 (N.R.G. Bd. IV, S. 506), schon von „right of visit and search", ebenso der Vertrag mit Portugal von 1842 Art. 2 (N.R.G. Bd. III, S. 247) und der mit Mexico von 1841 in Art. 4 (N.R.G. Bd. IV, S. 561) nur noch von „search". Alle Instruktionen schreiben vor „to visit and search."

---

14. Art. (N. R. G. Bd. IV S. 333): In order more completely to prevent all infringement of the spirit of the present treaty, the two high contracting parties mutually consent that the ships of their navies . . . may visit . . . merchant-vessels of the two nations . . .

Instructions to the ships (N. R. G. Bd. IV S. 345) Art. 1: The commander of a ship belonging to the navy of her British Majesty or the Oriental Republic of Uruguay . . . shall have a right to visit, search and detain . . . merchant-vessels . . .

England unterschied jedenfalls begrifflich visit and search, Amerika aber stellte sich, der Tatsache gegenüber, dass die Praxis, und insbesondere die englische, die Grenzen verwische und auf die erste Befugnis die Ausübung der zweiten gründe, auf einen matter-of-fact-Standpunkt und erkennt keine begrifflichen Unterschiede an.[15]

Trotz der Reichhaltigkeit der deutschen Bezeichnungen für das behandelte Recht herrschen in der deutschen Völkerrechtsliteratur kaum gegenseitige Missverständnisse über die Auffassung derselben.[16] Dennoch ist dieser Reichtum an Benennungen gegenüber der notwendigen Präzision in

---

15. F. I. Grund („Das Untersuchungsrecht“ S. 25): „An den seither erfundenen Unterschied zwischen dem Untersuchungsrecht (right of search) und dem Privilegium, an Bord eines neutralen Schiffes eine, wenngleich höflich erbetene Visite machen zu dürfen (right of visitation), dachte man noch nicht.“ General Cass (cit. bei Lawrence l. c. S. 89) „. . . a distinction between the right of visitation and the right of search . . . cannot be justly maintained upon any regognized principle of the law of nations.“ . . . . Die Regierung der Vereinigten Staaten (cit. bei Lawrence l. c. S. 63) „does not admit, that by law and practice of nations there is any such thing as a right of visit, distinguished by wellknown rules and definitions, from a right to search.“

16. Die deutsche Spezialliteratur über den Gegenstand ist äusserst gering. In Deutschland, dessen Bedeutung als Seemacht noch jung ist, haben vor den unten erwähnten Vorkommnissen im südafrikanischen Kriege (vgl. Kap. XXIII § 4, Kap. XXIV § 2) weitere Kreise kaum unmittelbare Veranlassung gehabt, sich damit zu beschäftigen. Aus der Zeit vor diesem Kriege findet sich eine Monographie in deutscher Sprache „Das Untersuchungsrecht“ (vgl. Anm. 3) deren Verfasser F. I. Grund aber Amerikaner ist — sie behandelt hauptsächlich den englich-amerikanischen Streit um das Untersuchungsrecht, und zwar durchaus vom amerikanischen Standpunkt —, und ferner eine Abhandlung von Perels: „Visitation“ als Beiheft 10 des Marine-Verordnungs-Blatts 1874.

der Bestimmung völkerrechtlicher Begriffe, gegenüber der notwendigen Verständigung mit der ausserdeutschen Wissenschaft ein Mangel; denn dieselben Bezeichnungen werden von verschiedenen deutschen Publizisten in verschiedenem Sinne gebraucht (vgl. auch oben). So bezeichnet „Durchsuchungsrecht" bei Perels, Stoerck, Strauch, und „Untersuchungsrecht bei Geffken, das die mehreren Befugnisse umfassende Recht, bei Bulmerincq, Bluntschli, v. Martens und Heffter, die darin enthaltene weitestgehende Befugnis zu räumlicher Durchsuchung; „Visitationsrecht" heisst bei Perels und Nau das ganze Recht, bei Blumerincq nur die Befugnis zur Einsicht in die Papiere, die wiederum bei Heffter „Heimsuchungs-", bei v. Martens „Besichtigungs-", endlich bei Bluntschli „Besuchsrecht" genannt ist. Die Folge ist die Notwendigkeit erläuternder Zusätze: „im engeren Sinne", „im weiteren Sinne", synoptischer Gegenüberstellungen mit den termini der Fremdsprachen wie bei Bluntschli.[17]

Bezüglich der einzelnen Befugnisse lässt sich da am besten dem „droit de vérification — oder d'enquête — du pavillon" und dem englischen „right of visit" das „Besuchsrecht" Bluntschli's gegenüberstellen; „Heimsuchung" (Heffter) ist gemäss dem sonstigen Gebrauch dieses Wortes entschieden zu weitgehend; „Besichtigung" (von v. Martens), „Visitation" (von Bulmerincq) können sich ebenso gut auf die Prüfung von Schiffsraum und Ladung, wie auf die der Papiere beziehen, und „Visitation" wird auch umfassend gebraucht: das Gleiche gilt für „Untersuchungsrecht", womit Heffter wiederum die weitergehende Befugnis allein bezeichnet. Für diese andererseits ist, nicht nur dem „droit de visite" im Sinne von „recherche" oder „perquisition" und dem right of search entsprechend, sondern auch dem drastischen Sinne des deutschen Wortes angemessen:

17. Bluntschli l. c. § 352.

„Durchsuchungsrecht" (so bei Bluntschli, Bulmerincq, v. Martens), die gerade den Ausübungsanfang der Befugnis deckende Bezeichnung.

Aus demselben Grunde eignet sich diese Bezeichnung nicht für das umfassende Recht, für das Recht in seiner Totalität, für das sie in der deutschen Literatur überwiegend gebraucht wird. Vielmehr ist „Untersuchungsrecht" (Geffken) daneben, besonders zum bequemeren Verständnis des Auslandes das jenem durchaus synonyme Fremdwort „Visitationsrecht" die einzige umfassende der verfügbaren deutschen Bezeichnungen.

Mit Recht erklärt es Stoerk (l. c. S. 499) für unerfindlich, wie Heffter, welcher (l. c. § 167, Anm. 2) meint, sein „Untersuchungsrecht besagt für sich allein zu viel", es durch eine Hinzufügung von „Heimsuchungs- und" einzuschränken denkt. Ausserdem hat aber Heffter Unrecht. „Untersuchungsrecht" bedarf nicht der Einschränkung, besagt nicht zu viel, sondern eben genug; es ist auch nicht, wie Bulmerincq (l. c. S. 573) tadelt, „zu unbestimmt", sondern, man möchte fast sagen: eben „unbestimmt" genug d. h. weit genug. Denn während der an sich indifferente Ausdruck „Besuch" die formelle in höflichster Form erbetene und gewährte Einsicht in die Papiere wohl implicite begreifen kann, „Durchsuchung" (vgl. o.) hingegen die tätige persönliche Inaugenscheinnahme ausdrückt, umfasst allein das Wort „Untersuchung" — man braucht nur vergleichsweise auf richterliche Untersuchung hinzuweisen — alle zur Feststellung eines Tatbestandes nötigen Massnahmen, unter Anwendung aller verfügbaren Wahrnehmungsmittel, von der Anhaltung, von der höflichen Anfrage, zwecks welcher der Besuch stattfindet, bis zu der Vornahme einer persönlichen Inaugenscheinnahme von Räumen und Gegenständen.

Aus den entwickelten Gründen ist in dieser Arbeit über-

all die Befugnis zur Prüfung der Schiffspapiere mit „*Besuchsrecht*“, die weitergehende Befugnis zur Inaugenscheinnahme von Schiffsraum und Ladung mit „*Durchsuchungsrecht*“, das beide umfassende Recht in seiner Totalität mit „*Untersuchungs-recht*“ bezw. mit „*Visitationsrecht*“ bezeichnet.

Die Elemente des Begriffs.

Kapitel II.

Rechtlicher Charakter des Untersuchungsrechts.

§ 1. Befugnis.

Befugnis ist die von einer Gemeinschaft stillschweigend oder ausdrücklich zugestandene Freiheit, eine bestimmte Handlung vorzunehmen.

Allerdings ist — unbestritten — das oberste Recht jedes Menschen das Recht der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit. Die absolut freie Entfaltung der Persönlichkeit wird aber von der Gemeinschaft beschränkt, die nur zum Zwecke der Gewährleistung der in geordnetem Zusammenleben höchst-möglichen gleichen Entfaltung der Persönlichkeit aller einzelnen Mitglieder sich zusammen geschlossen hat. Die Summe aller Befugnisse des Einzelnen ist sein von der Gemeinschaft eingeschränktes Recht der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit.

Diese Summe von Befugnissen wird dem Einzelnen gewährleistet durch das von der Gemeinschaft auf dem Wege stillschweigender tatsächlicher Uebung und Duldung (Gewohnheitsrecht) oder ausdrücklicher Satzung (Gesetz) geschaffene objektive Recht.[1]

---

1. Diese Gedanken sind in der bindenden Form eines Staatsgrundgesetzes kurz und klar zum ersten Mal ausgesprochen worden durch die französische Nationalversammlung im Art. 4 der berühmten,

§ 2. Völkerrechtliche Befugnis.

Infolge von Abstammungsunterschieden und infolge der — zum Teil auch auf jenen beruhenden — Unmöglichkeit, die gesamte Menschheit zu einer einzigen einheitlich geordneten Gemeinschaft zusammenzuschliessen, haben sich zunächst Gruppen von Individuen auf einem bestimmten Gebiet zu geordneten Gemeinschaften, zu Staaten zusammengeschlossen. Die Staaten ihrerseits bilden die Staaten- oder Völkergemeinschaft, und, wie dem einzelnen Individuum innerhalb des Staates zur Gewährleistung der höchstmöglichen gleichen Entfaltung der Persönlichkeit aller Individuen, so ist wiederum innerhalb dieser höheren, der Völkergemeinschaft dem Staate als dem einzelnen Gliede zur Gewährleistung der in geordnetem Zusammenleben höchstmöglichen gleichen Entfaltung der Persönlichkeit aller einzelnen Glieder die absolut freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auf eine Summe von Befugnissen beschränkt. Diese wird dem einzelnen Mitgliede gewährleistet durch stillschweigende tatsächliche Uebung und Duldung (Gewohnheits-Völkerrecht) oder durch ausdrückliche Satzung (völkerrechtlichen Vertrag).

Implicite ruht also in allen Normen des Rechts eine Gewährleistung jener, wenn auch eingeschränkten, Entfaltung der Persönlichkeit; beim Individuum bedingt diese eine Gewährleistung von: Leben, Freiheit, Eigentum, Ehre, beim Einzelmitgliede der Völkergemeinschaft im Hinblik auf dessen Existenzbedingungen dementsprechend: das Recht auf

für alle folgenden Verfassungsurkunden vorbildlichen „Erklärung der Rechte des Menschen und Bürgers“ vom 12. August 1789: „Die Freiheit besteht darin, dass jeder Alles tun kann, was keinem Anderen schadet. Also hat die Ausübung der natürlichen Rechte jedes Menschen keine anderen Grenzen als die, welche anderen Gliedern der Gesellschaft den Genuss derselben Rechte sichern. Diese Grenzen können nur durch das Gesetz bestimmt werden.“

Selbsterhaltung, auf Unabhängigkeit, auf freien Verkehr, auf Achtung. Diese Grundsätze des Völkerrechts müssen respektiert und geschützt werden durch jede seiner Normen, gewohnheitsrechtliche wie konventionelle.

§ 3. Befugnis des Gewohnheits-Völkerrechts.

Ueberschreitet ein Einzelmitglied der Staatsgemeinschaft seine Befugnisse und verletzt dadurch die von der Gemeinschaft gewährleisteten Befugnisse eines anderen Mitgliedes, so kann und muss dies das Urteil und die Unterstützung der Gemeinschaft, bezw. ihrer zu diesem Zweck eingesetzten Organe zur Wiederherstellung seiner verletzten Rechte bezw. zur Ahndung der Verletzung anrufen. Denn diese Gemeinschaft hat sich, um die von ihr dem Einzelnen gewährleisteten Rechte erforderlichenfalls ausreichend schützen zu können, mit einer — dem Einzelmitgliede entzogenen — Zwangsbefugnis gegenüber dem Mitgliede ausgestattet.

In der Völkergemeinschaft aber ist die Aufrichtung einer mit Zwangsbefugnis über die Einzelmitglieder ausgestatteten Autorität der Gemeinschaft mit dem wesentlichen Recht auf Unabhängigkeit, mit der Souveränität ihrer einzelnen Mitglieder unvereinbar. Die völkerrechtliche Gemeinschaft beruht auf absoluter Gleichstellung Aller, als souveräner Mitglieder. Ueberschreitet daher ein Mitglied der Völkergemeinschaft, ein Staat, seine Befugnisse und verletzt dadurch die durch das Völkerrecht gewährleisteten Befugnisse eines anderen Staates, so darf und muss der Verletzte selbständig darauf hinwirken, dass die Verletzung, welche immer eine Verletzung eines seiner Grundrechte, also seines obersten Rechts auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, in sich schliesst, wieder gut gemacht werde. Er kann und muss dies zuerst auf dem Wege friedlicher Unterhandlung, etwa durch Aufforderung zu freiwilliger Unterwerfung unter den Schiedsspruch einer oder mehrerer unbeteiligter Mächte versuchen, falls diese Verhandlungen aber

erfolglos bleiben,[2] durch Selbsthilfe, durch einzelne Zwangsmittel (Retorsion, Repressalien) und eventualissime — oder, falls die Schwere der Verletzung solches rechtfertigt, auch ohne erst jene milderen Massnahmen zu versuchen — durch Krieg.

---

2. Das ausgeprägte Nationalbewusstsein der einzelnen Völker und Regierungen ist heute noch so viel stärker als ihr Respekt vor der Autorität der Völkergemeinschaft und deren persönlichen Vertretern in einem internationalen Schiedsgericht, dass schiedsgerichtliche Entscheidungen allzu selten herbeigeführt, allzu häufig missachtet werden. Die Tatsache bleibt vorläufig unverändert trotz der Existenz des Haager Schiedsgerichtshofs, des ersten forum generale im internationalen Recht und trotz der — noch seltenen — allgemeinen Schiedsverträge, wie z. B. zwischen Italien und Argentinien, zwischen Portugal und den Niederlanden.

Der letzte dieser Art, der im November 1903 publizierte allgemeine Schiedsvertrag zwischen England und Frankreich, über den namentlich die französische Presse wie über einen epochalen Kulturfortschritt triumphiert, und dem sie begeistert Nachfolger ankündigt (mit Italien, mit Norwegen und anderen), bedeutet weit mehr einen Rückschritt, eine Einschränkung der Möglichkeit schiedsgerichtlicher Schlichtung von Streitigkeiten als eine Erweiterung des schiedsgerichtlichen Zuständigkeit zur Vermeidung von kriegerischen Entscheidungen. Denn in „Streitigkeiten, welche vitale Interessen oder die Ehre oder die Unabhängigkeit der beiden Vertragsmächte betreffen oder Interessen dritter Mächte berühren“, sind der Kompetenz des Haager Gerichtshofs — der durch den Vertrag theoretisch freilich einen Zuwachs an ständiger Klientel erhält — gerade die Streitigkeiten entzogen, die überhaupt schwerwiegend genug werden können, um zu einem Kriege zu führen.

NB. Im Laufe des Jahres 1904 hat Frankreich allerdings noch mit mehreren anderen Mächten allgemeine Schiedsverträge geschlossen, und auch zwischen England und den Vereinigten Staaten ist ein solcher unterzeichnet worden, der jedoch noch daran scheitern kann, dass der Congress in Washington ihn nicht ohne Amendements ratificieren will, die wiederum der Präsident abweist. —

Sein Recht auf Selbsterhaltung aber gewährt dem Staat die Befugnis, um den seine Interessen vielfach schädigenden Krieg so schnell als möglich zum Ziele zu bringen, ihn mit möglichstem Nachdruck zu führen, d. h. mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln erstens der feindlichen Macht zu schaden und zweitens eine Unterstützung derselben durch unbeteiligte Mächte, die auch in einer Ausgleichung des ihr zugefügten Schadens bestehen kann, zu verhindern.

Ein unmittelbarer Ausfluss dieser zweiseitigen Befugnis ist das Untersuchungsrecht im Seekrieg.

Infolge der fortschreitenden Ausbildung der eigentlichen Kriegsmittel einerseits und den Fortschritten humaner Grundsätze andererseits, sind allmählich die ursprünglich völlig schrankenlos berechtigten Mittel, dem Feinde zu schaden, wie: Niedermetzelung von Nichtkombattanten, Tötung von Kriegsgefangenen, Zerstörung oder Eroberung von Privateigentum im Landkriege, Verwendung von Sprenggeschossen, durch Gewohnheitsrecht oder Konvention teils beseitigt teils eingeschränkt worden.

Diese Einschränkung aber hat verschiedene Grenzen im Land- bezw. im Seekriege, bedingt durch die verschiedenen rechtlichen Qualitäten der beiden Kriegsschauplätze. Während nämlich das Landgebiet Staatsterritorium, Eigentum der einen oder der anderen kriegführenden Partei und somit der Eroberung und Okkupation ausgesetzt ist, ist das offene Meer, das in erster Linie als Schauplatz des Seekrieges in Betracht kommt, res omnium communis, von der keiner der Kriegführenden dem Anderen ein Stück wegerobern kann.[3]

———

3. Solche Eroberung ist de facto sowie rechtlich auch dann nicht möglich, wenn man die Ansicht für richtig hält, nach welcher nicht nur ein Staatsschiff auf hoher See, sondern auch die es umgebende Wassermenge Staatsgebiet sein soll; denn dieses „Staatsgebiet" wechselt mit jeder Bewegung des Schiffes. Aber auch diese

Als Aequivalent für die fehlende Möglichkeit der Gebietseroberung ist die im Landkriege nicht mehr berechtigte Wegnahme von feindlichem Privateigentum im Seekriege noch heut vom Völkerrecht zugelassen. Freilich ist sie es nicht mehr in dem ursprünglich vollen Umfange; denn während nicht nur im Altertum, sondern auch das ganze Mittelalter hindurch (nach den im Consulado de Mar von Barcelona im 13. Jahrhundert festgelegten und überall übernommenen Grundsätzen) und bis in die Neuzeit hinein dem Kriegführenden zur See das Recht zuerkannt wurde, feindliches Privateigentum zu nehmen, wo er es auch finde, ist zuerst durch die bewaffnete Neutralität von 1780, von deren Signatarmächten: Dänemark, Spanien, Frankreich, Russland und Schweden,[4] dann von den Signatarmächten der zweiten bewaffneten Neutralität von 1800,[5] und schliesslich in der Pariser Seerechtsdeklaration vom 16. April 1856, bezw. durch den successiven Beitritt zu derselben, von fast allen Kulturstaaten dem feindlichen Privateigentum auf See, wenigstens unter neutraler Flagge Unverletzlichkeit („frei Schiff, frei Gut") zugebilligt worden.

Feindliches Staatseigentum ist der Eroberung durch den Kriegführenden auf dem Lande im gleichen Masse wie zur See ausgesetzt.

Wer aber die Eroberung feindlichen Privateigentums im

Ansicht selbst ist falsch: man könnte ebensogut die Luftsäule über einem Gesandschaftsgebäude, welche wie das Meer res omnium communis ist, für exterritoriale, dem Heimatsstaat der Gesandtschaft gehörige Luft erklären.

4. Zur ersten bewaffneten Neutralität sind beigetreten: Oesterreich, Holland, die Vereinigten Staaten und Preussen 1781, Portugal 1782, das Königreich beider Sizilien 1783 (Calvo Bd. I S. 60-61).

5. Dänemark, Preussen, Russland und Schweden, die freilich schon im Vertrage vom 17. Juni 1801 (vgl. u. Kap. XII ihren Grundsatz England gegenüber wieder aufgeben mussten.

Seekriege anerkennt — und das positive Völkerrecht hat dies bisher noch immer getan —, kann konsequenterweise auch ein Untersuchungsrecht nicht leugnen;[6] „denn wenn man nicht befugt ist, sich durch ausreichende Nachforschung zu vergewissern, ob Gut, welches rechtmässiger Wegnahme unterliegt, vorhanden sei, ist eine Wegnahme unmöglich,"[7] und die Möglichkeit solcher befugter, ausreichender Nachforschung gewährleistet allein ein Untersuchungsrecht.

Da es nun im Interesse der Kriegführenden sowie der Völkergemeinschaft überhaupt liegt, dass ein Krieg, der stets die den Völkern nützlichen und notwendigen internationalen Beziehungen schwer schädigt und hemmt, möglichst schnell zu Ende gebracht werde, so ist es die von jeher stillschweigend und durch tatsächliche Uebung — also gewohnheitsrechtlich — anerkannte Pflicht der unbeteiligten (neutralen) Mächte, sich jeder Einmischung in die Feindseligkeiten, jeder Unterstützung einer der Kriegsparteien zu enthalten. Diese Pflicht verbietet nicht nur die Unterstützung durch bewaffnete Macht, sondern auch eine solche durch Bereicherung und Ergänzung der durch den Krieg geschwächten Mittel der Partei. Der Kriegführende seinerseits hat daher die Befugnis, jede Unterstützung der feindlichen Macht durch einen Neutralen zu verhindern. Vollzieht sich solche Unterstützung durch Zufuhr von Kriegsmaterial, ob nun von Trup-

---

6. Ein völliges Leugnen des Untersuchungsrechtes ist auch fast stets die Konsequenz eines Bestreitens des Rechts zur Eroberung feindlichen Privatguts auf See (vgl. u. Kap. VI § 2).

7. Lord Stowell in der Begründung des Urteils des Highcourt of Admiralty im Fall der „Maria" (cit. bei Wheaton S. 607): „This right" (of visiting and searching ships) „is so clear in principle that no man can deny it, who admits the right of maritime capture; because if you are not at liberty to ascertain by sufficient inquiry, whether there is property, which can be legally captured, it is impossible to capture.

pen, Waffen oder Lebensmitteln, ausschliesslich auf dem Wege durch ein an das Gebiet der feindlichen Macht grenzendes neutrales Staatsgebiet, so kann der Kriegführende, da er dieses nicht betreten darf, die widerrechtliche Unterstützung nicht hindern, sondern er muss sich auf die Wachsamkeit und Loyalität dieses Nachbarstaates verlassen und kann nur diesen zur Rechenschaft ziehen, wenn er dadurch, dass er die Neutralitätsverletzung wissentlich in seinem Staatsgebiet duldet, selbst seine Neutralitätspflicht bricht.

Erfolgt die Unterstützung aber auf dem Wege über die hohe See, die den Schiffen der kriegführenden Macht offen steht, so kann diese von ihrer Befugnis, die völkerrechtswidrige Handlung zu hindern, Gebrauch machen, indem sie das Kriegsmaterial, das dem Feinde zugeführt werden soll, abfängt. Diese notwendige und als notwendig durch Gewohnheitsrecht anerkannte Massregel bildet einen organischen Bestandteil des Kriegsrechts, denn ihr Zweck ist einzig die in der Verhinderung seiner Unterstützung liegende Schädigung des Feindes. Auch die durch das Kriegsrecht gewährte Wegnahme solches nicht-feindlichen, aber zur Unterstützung des Feindes bestimmten Gutes oder die Hinderung einer anderen auf Unterstützung des Feindes gerichteten Handlung zur See ist aber, wie die Wegnahme feindlichen Gutes, nur möglich, wenn man „befugt ist, sich durch ausreichende Nachforschung zu vergewissern, ob Gut, welches rechtmässiger Wegnahme unterliegt, vorhanden sei“, bezw. ob eine Handlung vorliege, welche zu hindern man berechtigt ist. Und wiederum: solche befugte ausreichende Nachforschung gewährleistet allein ein Untersuchungsrecht.

Daher ist das Untersuchungsrecht seit den Anfängen eines Seekriegsrechtes als organischer Bestandteil desselben gewohnheitsrechtlich anerkannt und ausgeübt worden.

Hautefeuille, der die völkerrechtliche Begründung eines Rechts zur Untersuchung überhaupt, selbst zum Besuch (l. c.

Bd. III, Titel 11) bestreiten möchte, muss doch zugeben, dass das Seerecht die Visite eingeführt habe;[8] dann aber, da er der Untersuchung den Charakter eines Rechts nicht zubilligen will, macht er (l. c. S. 4) die Unterscheidung: „La visite n'est pas un droit, mais seulement le mode d'exercice du droit de nuire à l'ennemi et du droit concédé par la loi secondaire d'arrêter les marchandises de contrebande destinées à l'ennemi". Hierauf allerdings kann man die auf den Unterschied zwischen visit und search gemünzte Aeusserung des erwähnten Generals Cass: „A distinction without difference!"[9] anwenden. Denn ein Recht wäre ja illusorisch, wenn nicht auch die Ausübungsform, die als solche (wie Hautefeuille selbst sagt) la loi a instituée, ein Recht dessen wäre, der mittelst ihrer sein Recht ausüben will. „Mode d'exercice du droit" — „instituée par la loi" entspricht genau unserem deutschen Begriff: „Befugnis". An jener Stelle hat also Hautefeuille wider Willen zugegeben, was er so ausführlich bestreitet.

Die Untersuchung fremder Schiffe auf See ist also ein der Quelle völkerrechtlicher Gewohnheit entspringendes Recht des Seekrieges.

In einem einzigen Falle ausserhalb des Krieges wurzelt das Untersuchungsrecht im Gewohnheitsrecht der Völker. Dieser Ausnahmefall gewohnheitsrechtlichen Untersuchungsrechts zur Friedenszeit, die sonst nur ein auf Konvention beruhendes Untersuchungsrecht zulässt, folgt unmittelbar aus der Notwendigkeit, den Frieden selbst zu sichern.

Ueberall, wo eine gewalttätige Störung des geordneten Zusammenlebens innerhalb einer Gemeinschaft durch Aus-

---

8. l. c. S. 2. „Si le signe de la nationalité avait toujours été respecté, si la loyauté, la sincérité du pavillon avait continué à exister, je suis convaincu, que jamais la loi maritime n'eût institué la visite.

9. F. I. Grund, l. c. S. 62.

übung unbefugter Gewalt erfolgt, ist es Pflicht und Recht der Gemeinschaft als solcher, bezw. ihrer Organe, die Störung zu hindern. Auf Staatsgebiet, also auf dem Lande und in Küstengewässern, steht die Ausübung dieser Pflicht nur den Organen des Staates zu, in dessen Gebiet die unbefugte Gewalt ausgeübt wird. Die hohe See ist aber res omnium communis, sozusagen Staatsgebiet der Gemeinschaft aller Völker, deren Hoheit, da eine gemeinschaftliche, den Einzelnen übergeordnete und mit Zwangsbefugnis ausgestattete Autorität nicht existiert, von allen einzelnen Mitgliedern, den Staaten bezw. von ihren Organen ausgeübt werden muss.

Daher ist jeder Staat befugt, als Vertreter, als Organ der Staatengemeinschaft gegenüber der „auf offener See oder von dieser aus von der Mannschaft eines Seeschiffes an Menschen oder an Sachen ohne staatliche Ermächtigung begangenen Gewalt,“[10] d. h. gegenüber dem Seeraub Staatsgewalt auszuüben. Und wie die Organe des Staates innerhalb des Staatsgebiets im Interesse der Gemeinschaft befugt sind, sich bei einem auf Tatsachen oder Indizien gegründeten Verdacht einer Verletzung oder auch Verletzungsabsicht durch ausreichende Nachforschung zu vergewissern, ob solche tatsächlich vorliege, so sind auch die Kriegsschiffe aller Mächte als unmittelbare Organe ihres eigenen Staates, als mittelbare Organe der Völkergemeinschaft auf hoher See zu so begründeter ausreichender Nachforschung befugt; die Möglichkeit solcher Nachforschung kann nur durch ein Visitationsrecht gegenüber allen des Seeraubes verdächtigen Schiffen gewährleistet werden. Zur Untersuchung solcher Schiffe ist daher „jedes Kriegsschiff jedes Staates als ermächtigt zu betrachten“,[11] ohne ausdrückliche Satzung, vielmehr in notwendiger — und stets durch Gewohnheitsrecht

10. v. Liszt 1898 § 26 III S. 144.
11. Bluntschli § 344.

anerkannter — Ausübung der gemeinschaftlichen Hoheit der Völker über das offene Meer.

§ 4. Befugnis des Vertrags-Völkerrechts.

Gegenüber Staatsangehörigen, die sich nicht, wie der Seeräuber, einer Friedensverletzung gegen die Völkergemeinschaft auf dem gemeinsamen Gebiete der Völker, dem Meere schuldig machen, ist nur der betreffende Staat, dem sie angehören, zur Ausübung von Hoheitsrechten befugt. Den Umfang dieser staatsrechtlichen Befugnis gegenüber den eigenen Staatsangehörigen kann der Staat ausdehnen und einschränken: er besitzt die staatsrechtliche Kompetenz-Kompetenz, der Wille der Gemeinschaft gegenüber ihren Einzelmitgliedern kann durch den Willen eben der Gemeinschaft geändert werden.

Anderen Staaten gegenüber kann der Staat seine Befugnisse nicht selbständig ausdehnen oder einschränken. Im Einverständnis mit einander aber können die Staaten ihren Willen gegenseitig binden, ihre Befugnisse einander gegenüber ausdehnen bezw. einschränken. Der Ausdehnung der Befugnisse des einen Kontrahenten entspricht natürlich eine Einschränkung der Befugnisse des oder der anderen. Zu dieser Einschränkung seiner Befugnisse aber ermächtigt den Staat nach innen — staatsrechtlich — die Kompetenz-Kompetenz, nach aussen — völkerrechtlich — gerade sein Recht auf Unabhängigkeit, gerade seine Souveränität innerhalb der Völkergemeinschaft.

Es kann keinem Staate das Recht bestritten werden,[12] freiwillig — durch Vertrag — und gegen die gleiche Konzession von Seiten des oder der Gegenkontrahenten, die aus seiner Staatshoheit fliessende, eine Ausübung der Staatsgewalt enthaltende Befugnis zur Kontrollierung seiner Staatsangehörigen, zur Ausübung des Untersuchungsrechts auf See,

12. Dagegen: Bornemann, Massé, De Rayneval, Hautefeuille u. A.

dem oder den Gegenkontrahenten zu gewähren. Denn auch freiwillig eine aus seinem Hoheitsrecht fliessende Befugnis zu übertragen, seine Unabhängigkeit einzuschränken, steht gerade auf Grund seiner völligen Unabhängigkeit und Selbstbestimmung in der Macht eines Staates. Und die vertragsmässige Gewährung des Untersuchungsrechts an einen anderen Staat ist nur eine Einschränkung, eine Konzession, keine Abtretung, keine Cession eines Rechts; denn der Staat gibt nicht seine Befugnis, die Kontrolle selbst auszuüben, auf, sondern teilt sie nur mit einem anderen, in dessen Befugnisse er seinerseits mit dessen Willen eingreift. Unvereinbar mit der Souveränität und eine Preisgabe der Unabhängigkeit wäre erst eine völlige und nicht-reziproke Abtretung eines Hoheitsrechts über die eigenen Staatsangehörigen.

Gegen eine solche freiwillige Einschränkung von Hoheitsrechten, die also nicht „incompatible avec l'indépendance réciproque des peuples",[13] vielmehr eine gerade dieser nicht zu bestreitende Befugnis ist, kann ein Einspruch von Seiten einer unbeteiligten Macht oder der Völker-Gemeinschaft, d. h. aller am Vertrage nicht beteiligten Mächte nur erhoben werden auf Grund von deren Recht auf Selbsterhaltung, nur dann also, wenn durch die Ausübung der vertragsmässigen reziproken Gewährung von Hoheitsrechten zwischen den Vertragsstaaten die Unbeteiligten sich in ihrem obersten Recht bedroht sehen.

Welchen Zweck auch die Vertragsstaaten mit der wechselseitigen Gewährung der Hoheitsausübung über ihre Staatsangehörigen, in unserem Falle mit der wechselseitigen Gewährung des Untersuchungsrechts im Frieden verfolgen mögen, ihr Vertrag ist wirksam, ist bindend,[14] die

13. Massé, Droit commercial Buch 2, Tit. I, Kap. 2, § 5, Sekt. II Nr. 307.

14. Dagegen Massé, Hautefeuille.

Ausübung dem Völkerrecht entsprechend, wenn nicht die völkerrechtlichen Befugnisse anderer Staaten grundsätzlich dadurch verletzt werden.

Obwohl durch die Delegation einer staatsrechtlichen Befugnis, der Polizei über eigene Staatsangehörige entstanden, ist das auf diese Weise dem einen Staat über Angehörige eines anderen eingeräumte Untersuchungsrecht natürlich eine völkerrechtliche Befugnis; denn sein nunmehriger Träger leitet es aus völkerrechtlicher Quelle her, nämlich aus einem völkerrechtlichen Vertrage, welcher jene Delegation vollzieht. Das Recht rückt hier, inhaltlich unverändert, durch die Delegation an ein anderes Rechtssubjekt auch in ein anderes Rechtsgebiet.

Da es sich im letzten Paragraphen darum handelte, die völkerrechtliche Befugnis zur Ausübung des Untersuchungsrechts aus der Quelle des Vertragsvölkerrechts darzutun, so konnte nur vom Untersuchungsrecht im Frieden die Rede sein; denn nur dieses musste erst durch Verträge begründet werden. Dass auch das Untersuchungsrecht im Kriege seit Jahrhunderten durch zahlreiche völkerrechtliche Verträge zugestanden und geregelt worden ist, war an dieser Stelle deshalb gleichgiltig, weil das Untersuchungsrecht im Kriege, wie im vorigen Paragraphen entwickelt wurde, schon durch Gewohnheits-Völkerrecht begründet und anerkannt war, und jene Verträge, die es zugestanden, deklaratorischer Natur waren und blosse Ausführungsbestimmungen enthielten.

Kapitel III.

Subjekt des Untersuchungsrechts.

§ 1. Der Träger des Rechts.

„Nur die Staaten sind Subjekte des Völkerrechts: Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten.“[1]

Auch das Untersuchungsrecht gegenüber fremden Staatsangehörigen steht prinzipiell nur dem souveränen Staate zu, der allein völkerrechtliche Beziehungen unterhalten, völkerrechtliche Gewohnheitsrechte ausüben, völkerrechtliche Verträge schliessen kann. Von diesem Grundsatze aber muss man — für das Untersuchungsrecht im Kriege — eine Ausnahme gelten lassen:

Staaten entstehen häufig wie durch gewaltsame Verschmelzung mehrerer Einzelstaaten unter Unterdrückung ihrer partikulären Unabhängigkeit, so durch gewaltsame Spaltung eines einheitlichen Staates zur Aufrichtung partikulärer Unabhängigkeit. Solche gewaltsamen Staatenbildungen vollziehen sich durch die kriegerischen Operationen organisierter Parteien im Staate. Eine organisierte Kriegspartei innerhalb eines Staates ist nun keine völkerrechtliche Person, kein prinzipieller Träger völkerrechtlicher Befugnisse und Verpflichtungen;[2] beobachtet aber die gegen die Staatsgewalt streitende Partei die Regeln des internationalen Krieges, und okkupiert und verwaltet sie selbstän-

1. v. Liszt § 5 S. 21.

2. Vgl. Bluntschli § 69 S. 24, Calvo Bd. I § 83 S. 236, v. Liszt I 3.

dig und geordnet einen Teil des Staatsgebietes, so kann sie von anderen Mächten, wenn auch nicht als völkerrechtliche, so doch als kriegführende Macht (partie belligérante) anerkannt werden. Sie erhält dadurch — freilich nur gegenüber der anerkennenden Macht — die Befugnisse eines kriegführenden Staates. Eine solche Anerkennung einer Partei als „partie belligérante" gewährleistet dieser, ohne dass sie völkerrechtliches Subjekt, souveräner Staat ist, mit allen anderen Befugnissen des Kriegsrechts auch das völkerrechtliche Visitationsrecht.[3]

Das nur durch Vertrag zu konstituierende Untersuchungsrecht im Frieden also kann nur von einem souveränen Staat ausgeübt werden, weil nur dieser einen völkerrechtlichen Vertrag zu schliessen im Stande ist. Zur Ausübung des kriegerischen Untersuchungsrechts dagegen ist neben dem souveränen Staat auch die als kriegführende Macht anerkannte Partei in einem Bürgerkriege, wenigstens dem sie anerkennenden Staate gegenüber befugt.

Als kriegführende Macht nicht anerkannte Insurgenten würden durch Vornahme der Handlungen, zu denen das völkerrechtliche Untersuchungsrecht ermächtigt, „auf offener See ohne staatliche Ermächtigung Gewalt ausüben", also sich des Seeraubes schuldig machen.

§ 2. Der Vollstrecker des Rechts.

Wie der Staat seine staatsrechtlichen Befugnisse gegenüber den eigenen Staatsangehörigen nur durch die zur Ausübung seiner Befugnisse eingesetzten Organe, seine Beamten, ausüben kann, die in der Ausübung die Staatsgewalt repräsentieren, so können auch die völkerrechtlichen Befug-

---

3. So anerkannten im nordamerikanischen Sezessionskriege 1860-65 Frankreich und England (im Mai bezw. Juni 1861) die Südstaaten, die den Krieg zur Wahrung ihres verfassungsmässig vorbehaltenen Rechts zum Austritt aus dem Bunde führten. (Calvo Bd. IV § 1883, Bonfils, § 202 S. 111.)

nisse eines Staates gegenüber anderen Staaten nicht von jedem beliebigen Staatsangehörigen als solchem, sondern nur von den zu den betreffenden Zwecken eingesetzten öffentlichen Organen, die ihren Staat als völkerrechtliches Subjekt vertreten, ausgeübt werden. Das gilt bei zivilisierten Staaten nicht nur für die friedlichen Befugnisse des internationalen Verkehrs, sondern auch für die kriegerischen Handlungen gegen eine feindliche Macht.

Da nun das Untersuchungsrecht ursprünglich als Befugnis des Seekriegsrechts entstanden ist, so sind die Organe jeder kriegerischen Aktion zur See die Kriegsschiffe der kriegführenden Mächte, die unstreitig und in erster Linie zu seiner Ausübung befugten Organe. Den Kriegsschiffen ist diese Befugnis auch noch nie bestritten worden.

Aber der Staat hat das Recht, die Ausübung einzelner seiner Befugnisse, wie staatsrechtlicher so auch völkerrechtlicher, ausdrücklich an Einzelmitglieder, an private Personen zu übertragen, und in weitester Ausnutzung dieses Rechts haben die Staaten ihre zur Ausübung der völkerrechtlichen Visitation befugten Organe weit über die Zahl ihrer Kriegsfahrzeuge hinaus vermehrt. Nach der Entdeckung der neuen Kontinente, der Eröffnung neuer Seewege nämlich wuchsen die Handelsflotten so, dass die Staaten mit der kleinen Kriegsflotte, die zu unterhalten ihnen möglich war, im Kriegsfalle die eigene Handelsflotte nicht mehr genügend schützen, die feindliche nicht mehr in einem den Zielen des Krieges entsprechenden Masse schädigen konnten. Da gewährten sie die an sich nur Kriegsschiffen zustehende Befugnis zur Wegnahme feindlichen Gutes oder nichtfeindlichen für den Feind bestimmten Gutes, das Prisenrecht und zu diesem die Visitationsbefugnis durch ausdrückliche Verleihung auch privaten Schiffen. Diese auf spezieller ausdrücklicher persönlicher Verleihung (Kaperbrief, commission of war, lettre de marque) beruhende Befugnis der K a p e r galt allerdings immer nur für den jeweiligen Krieg.

Es ist nicht zu bestreiten, dass die Staaten durch die schrankenlose Verleihung von Kaperbriefen das Kriegsrecht ungeheuerlich ausgedehnt haben, und es ist zu beklagen, dass erst um die Mitte des 19. Jahrhunderts die Kaperei — fast völlig — beseitigt worden ist. Bis dahin aber hat doch das positive Völkerrecht die Kaper mit allen ihnen verliehenen Befugnissen zu Recht anerkennen müssen. Es ist daher nicht recht zu ersehen, wie v. Martens,[4] der, auf dem Boden positiver Völkerrechtsbetrachtung stehend, ein Jahrhunderte lang anerkanntes Recht doch nicht theoretisch kann wegleugnen wollen, verstanden sein will, wenn er vom Untersuchungsrecht sagt, es „gebührt ausschliesslich den Staatsschiffen der kriegführenden Mächte. K a p e r b e s a s s e n e s n i c h t und besitzen es auch jetzt nicht."

Seit fast alle Kulturstaaten der Pariser Seerechtsdeklaration beigetreten sind, deren erster Artikel erklärte: „La course est et demeure abolie", ist die Bedeutung dieser Befugnis der Kaper fast nur noch von historischem Interesse. Freilich wären auch in einem heutigen Kriege nicht nur die mit einem Kaperbrief ausgestatteten Schiffe der der Seerechtsdeklaration noch nicht angeschlossenen Staaten[5] zur Ausübung des Untersuchungsrechts als befugt anzuerkennen. Auch die von solchen Staaten legitimierten Kaper, welche zwar der Deklaration beigetreten sind, diese aber durch ausdrückliche Notifikation oder auch nur durch die tatsächliche Erteilung von Kaperbriefen brechen, wären nicht wie Kaper o h n e staatliche Ermächtigung Seeräuber, sondern müssten, geschützt durch ihren staatlichen Kaperbrief,

---

4. v. Martens § 137 S. 579.

5. Die Vereinigten Staaten von Amerika sowie Spanien haben diesen Schritt noch nicht getan; Spanien hat sogar im Kubanischen Kriege durch Dekret vom 23./4. 1898 seine Absicht, Kaperbriefe zu verleihen, erklärt (vgl. v. Mirbach l. c. S. 54), dann aber die Ausführung dieser Absicht unterlassen.

als ein Teil der kriegführenden Flotte ihres Staates behandelt werden. Denn nur der betreffende Staat selbst wäre für den Bruch des Völkerrechts verantwortlich zu machen, nicht aber seine Staatsangehörigen, deren Vorgehen der von ihrem eigenen Staate erteilte Kaperbrief legitimieren und von völkerrechtlicher Verantwortung entbinden würde.[6]

Noch für die Gegenwart wichtig erscheint die Frage, ob ein privates Schiff neutraler Nationalität von einem Kriegführenden einen Kaperbrief nehmen dürfe. Diese Frage, die in früheren Jahrhunderten von der Praxis schrankenlos bejaht wurde, ist heut vielleicht noch von grösserer Bedeutung, als vor der Seerechtsdeklaration, ist aber — eben auf Grund dieser — streng negativ zu entscheiden.

Denn der erste und kulturell bedeutsamste Artikel der Deklaration wäre völlig nichtig, wenn private Schiffe, die einer der Signatarmächte angehören, also von ihrem Staate, ohne dass dieser einen Völkerrechtsbruch begeht, keinen Brief erhalten würden, unter der „lettre de marque“ einer der Deklaration nicht beigetretenen Kriegsmacht Kaperei treiben dürften.

Unseren Gegenstand berührt die Kontroverse deshalb, weil von der Bejahung oder Verneinung der Frage es abhängt, ob die Untersuchung von seiten eines solchen Kaperschiffes als Ausübung völkerrechtlicher Befugnis oder als Akt der Piraterie anzusehen ist. Nun ist einerseits solche Brieferteilung an ein neutrales Schiff dem Ursprung und Zweck der Kaperei, durch die eigenen Handelsschiffe die eigene Kriegsflotte zu verstärken, zuwider, ist andererseits die Beteiligung des neutralen Staatsangehörigen am Kriege ein Neutralitätsbruch.[7] Ein neutrales Privatschiff ist durch den Kaperbrief eines Kriegführenden nicht legiti-

---

6. Vgl. v. Liszt § 42,2 S. 232.

7. Vgl. Ortolan „Règles internationales et diplomatie de la mer“ Bd. II, Buch III, Cap. III, S. 56 ff, Calvo Bd. IV S. 294.

miert, ist daher auch nicht zur Ausübung des Untersuchungsrechts befugt und wäre bei einem gewaltsamen Versuch seiner Ausübung von seiten des Angegriffenen und seines Staates, eventuell auch von Seiten des dritten Staates, in dessen Gewässern der widerrechtliche Angriff erfolgt, als Seeräuber zu behandeln.

Dem Seeräuber gegenüber steht das Untersuchungsrecht — das einzige gewohnheitsrechtliche im Frieden — zwar jedem Staat zu, aber auch nicht jeder Staatsangehörige kann es ausüben, während im Altertum und im Mittelalter jeder das Recht hatte, mit allen Mitteln Krieg zu führen gegen den communis hostis omnium, den Piraten. Und diese Beschränkung hat sich nicht etwa nur aus dem praktischen Grunde ergeben, dass das moderne Privatschiff, der Kauffahrer, der Post- und Passagierdampfer physisch nicht fähig ist, dem bewaffneten Piraten gegenüber Hoheitsrechte seines Staates wirksam auszuüben, sondern sie ist eine notwendige Rechtsfolge der Zentralisierung der Staatsgewalt, die Strafuntersuchung und -Verfolgung allein durch ihre Organe üben lassen kann.

So sind nur die „Schiffe des öffentlichen Dienstes"[8] der Staaten mit dem Untersuchungsrecht ausgestattet, auch hier in erster Reihe die Kriegsschiffe, ausserdem aber, wo ein Staat solche hält, die Schiffe der zivilen Behörden, z. B. der See- und Zollbehörden, die im Rahmen ihres Amtskreises die Staatsgewalt repräsentieren und ihre Hoheitsrechte ausüben.

Das Gleiche gilt für das konventionelle Untersuchungsrecht im Frieden. Die Kriegsschiffe der Vertragsstaaten sind in erster Linie zu seiner Ausübung befugt; die Verträge selbst, die das Untersuchungsrecht begründen, über-

---

8. Perels II S. 281.

tragen ihnen meist ausdrücklich die Befugnis,[9] und dem Geltungsgebiet des Vertrages entsprechend wird in den zu diesem erlassenen nationalen Instruktionen eine beschränkte Anzahl von Kriegsschiffen zur Ausübung ermächtigt.[10] Daneben können die Verträge auch anderen Staatsschiffen die Untersuchungsbefugnis geben. So gestattet die Haager Konvention, „betreffend die polizeiliche Regelung der Fischerei in der Nordsee ausserhalb der Küstengewässer" vom 6. Mai 1882, der Signatarmacht Belgien, die — als neutralisierter Staat — keine Kriegsmarine besitzt, Staatsschiffe zur Ausübung der vorgeschriebenen Kontrolle zu ermächtigen, welche ein Untersuchungsrecht involviert.[11]

Wenn v. Mirbach (l. c. S. 55) sagt: „Ferner haben ein Durchsuchungsrecht an den Küsten und in den Häfen die Seebehörden und Zollwächter der Kriegführenden", so ist das freilich richtig, und zwar auch ohne Einschränkung auf Kriegführende; ebenso richtig ist die weitere Angabe: „die englischen Zollbehörden haben dieselben Befugnisse wie die Schiffe der Königlichen Marine, sie dürfen die Papiere der einlaufenden Schiffe prüfen". Aber die angeführte Befugnis „an den Küsten und in den Häfen" sowie gegenüber den „einlaufenden Schiffen" ist eine Befugnis der Territorialgewalt in eigenen Küstengewässern, ist also staatsrechtlicher Natur, und fällt garnicht unter „Völkerrechtliche Grundsätze des Durchsuchungsrechts".

9. Vertrag zwischen England und Portugal zur Unterdrückung des Sklavenhandels vom 3./7. 1842 (N. R. G. Bd. III S. 245 ff.) Art 2 The two High Contracting Parties mutually consent, that those ships of their royal navies respectively, which shall be provided with special instructions as herein-after mentioned, may visit and search. . . . . . .

10. Instruktionen zu demselben (l. c. S. 267) Art 1. The Commander of any ship belonging to the royal British or Portugese navy, who shall be furnished with these instructions, shall have a right to visit, search and detain . . . .

11. Vgl. u., II. Abschnitt Kap. XV.

Kapitel IV.

Zwecke des Untersuchungsrechts.

Wie bereits ausgeführt, wurzelt der Zweck des Untersuchungsrechts im Kriege in dem Recht auf Selbsterhaltung, welche die Staaten nötigt und berechtigt, die Kriegskraft des Gegners nach Möglichkeit zu schwächen und ihre Unterstützung und Ergänzung von dritter Seite zu hindern. Der Zweck des konventionellen Untersuchungsrechts im Frieden ist die Sicherung wirksamerer Durchführung der in dem Vertrage, in dem das Untersuchungsrecht stipuliert wird, getroffenen internationalen Vereinbarungen, der Zweck des gewohnheitsrechtlichen Untersuchungsrechts im Frieden — gegenüber dem Seeraub — die Sicherung des Friedens selbst.

In jedem Falle werden diese letzten Zwecke erreicht durch die Aufbringung des Schiffes zu einer durch Gericht zu verhängenden Konfiskation oder Bestrafung. Das Recht zur Konfiskation oder zur Bestrafung aber setzt stets eine bestimmte Nationalität oder bestimmte völkerrechtliche Delikte auf Seiten des aufgebrachten Schiffes voraus; und so sind die nächsten Zwecke des Untersuchungsrechts: Feststellung der Nationalität bezw. völkerrechtlicher Delikte.

§ 1. Feststellung der Nationalität.

Da nach ältestem Gewohnheitsrecht im Seekriege das feindliche Privateigentum der Wegnahme unterliegt, so muss dem Kriegsschiff der kriegführenden Partei, sowie dem eigens zu diesem Zweck autorisierten Kaper die Möglichkeit gege-

ben sein, sich zu überzeugen, ob ein von ihnen angetroffenes Handelsschiff nicht der feindlichen Macht angehöre. Zwar dient zur Kenntlichmachung der Nationalität eines Schiffes die Flagge, unter der es fährt, aber gerade, um der Belästigung zu entgehen, missbrauchen Schiffe fremde, insbesondere Schiffe kriegführender Staaten neutrale Farben. Daher ist die Untersuchung nach Kriegsrecht auch gegenüber einer neutralen Flagge notwendig, um festzustellen, ob das Schiff zur Führung derselben berechtigt sei; diese Berechtigung kann sich freilich nur nach den Gesetzen des Staates entscheiden, dessen Flagge das Schiff führt.[1]

Ist die neutrale Staatsangehörigkeit des Schiffes festgestellt, so ist nach Anerkennung des Satzes: „Frei Schiff, frei Gut!" durch die Deklaration eine Nachforschung nach der Nationalität der Ladung nicht mehr von Interesse, da auf neutralem Schiffe auch feindliches Gut der Wegnahme, zu der die Untersuchung die Möglichkeit geben soll, nicht mehr unterliegt (nähme dieser Satz nicht Kriegskontrebande aus, so wäre auf einem als neutral festgestellten Schiffe überhaupt keine weitere Untersuchung berechtigt).[2] Wo dieser Grundsatz von dem Staate des visitierenden Kriegsschiffes aber noch nicht anerkannt ist, da ist auch auf einem als neutral festgestellten Schiffe die Prüfung der Nationalität der Ladung notwendig und berechtigt, weil dann auch auf jenem — nach den Grundsätzen des Consulado de Mar — das feindliche Gut der Wegnahme unterliegt. Richtig gesteht daher Hautefeuille innerhalb seiner allerdings allzu engen Begrenzung des Untersuchungsrechts eine Prüfung der Nationalität der Ladung nur denen zu, die „pavillon neutre couvre marchandise ennemie" nicht anerkennen, falsch ist es jedoch, für alle Fälle nur enquête du pavillon, Untersuchung der Nationalität des Schiffes, zuzugeben.

---

1. Vgl. Hautefeuille Bd. III S. 74.
2. Vgl. Lawrence, „Visitation and search" S. 11.

Auf einem als feindlich festgestellten Schiffe ist gerade nach dem dritten Satz der Seerechtsdeklaration: „La marchandise neutre (à l'exception de la contrebande) n'est pas saisissable sous pavillon ennemi", eine Untersuchung der Nationalität der Ladung nötig und berechtigt, weil die etwa auf dem feindlichen Schiffe befindliche neutrale Ladung, soweit sie nicht — als Kontrebande — die Neutralitätspflicht verletzt, von der Wegnahme auszuschliessen ist. Hingegen ermächtigt bei Nichtanerkennung dieses Satzes die Feststellung feindlicher Nationalität des Schiffes allein zur Beschlagnahme desselben mit allem Gut, macht also eine weitere Untersuchung unnötig.

Im Frieden ist zum Zwecke der Feststellung der Nationalität ein völkerrechtliches Untersuchungsrecht prinzipiell nicht begründet.[3] „Was immer der Gegenstand der Durchsuchung sein mag, im Frieden ist es stets Polizeiakt."[4] Dieser setzt eine Delegation von Souveränitätsrechten voraus, und kann daher nur gegenüber dem Fahrzeuge eines Staates zugegeben werden, der dem Staate des Kriegsschiffes vertragsmässig diese Hoheitsausübung eingeräumt hat.

In den meisten Fällen verbinden sich notwendig die beiden Zwecke des Untersuchungsrechts: Feststellung der Nationalität und Feststellung eines völkerrechtlichen Delikts. Diese letztere aber kann auch allein der Zweck sein, wo die Nationalität des Schiffes bereits ohne Untersuchung unzweifelhaft ist.

§ 2. Feststellung völkerrechtlicher Delikte.

Wieder sind es zunächst Delikte gegen das Kriegsseerecht, deren Feststellung das Untersuchungsrecht erforderlich macht.

Der begreifliche Wunsch der Angehörigen neutraler Staa-

3. vgl. u. § 2 des Kap.

4. Massé, „Droit commercial" l. c. (vgl. o. Kap. II, Anm. 13).

ten, durch einen Krieg fremder Mächte ihren Handel nicht schädigen zu lassen, verleitet sie — meist gegen die ausdrücklich zu Beginn eines Krieges zwischen fremden Mächten erlassene Proklamation ihres eigenen Staates[5] — zu einem Bruch der völkerrechtlich anerkannten Pflichten der Neutralität. Da zum unmittelbaren oder mittelbaren Kriegsgebrauch der feindlichen Partei bestimmte Waren, Kriegskontrebande, die ganze Ladung des Schiffes oder einen Teil derselben bilden können, so ist, um das Vorliegen dieses völkerrechtlichen Delikts festzustellen, dessen Begehung nach Gewohnheitsrecht wie nach Vertrag durch Wegnahme gehindert und gleichzeitig bestraft wird, eine Nachforschung nach Ziel und Beschaffenheit der Ladung durch Ausübung des Untersuchungsrechts geboten und zulässig.

Da ferner die Möglichkeit vorliegt, dass ein neutrales Schiff den Zweck des seit Jahrhunderten in Uebung befindlichen und anerkannten Seekriegsmittels, der Blockade, durch Blockade*bruch* zu vereiteln beabsichtigt, so ist, unbestreitbar wenigstens in der Nähe blockierter Häfen eine Nachforschung nach der Herkunft und dem Ziel auch eines neutralen, nicht Kontrebande führenden Schiffes berechtigt, eine Nachforschung durch Ausübung des Untersuchungsrechts, mit dessen Hilfe allein auch dieser — ebenfalls durch Aufbringung zu bestrafende — Völkerrechtsbruch gehindert wird.

Meno Poehls[6] gibt die Visitation nicht *zwecks Feststellung* sondern nur gegenüber der Tatsache einer Neutralitätsverletzung zu: die Visitation sei „nur dann ein Recht, wenn der Neutrale durch Neutralitätsverletzung dem Belligerenten ernsten Grund gibt, ihn als Feind zu behandeln".

———

5. Z. B. die Neutralitätserklärungen beim Beginn des deutsch-französischen Krieges von 1870-71 (vgl. Perels I S. 367 ff.).

6. Vgl. Calvo Bd. V S. 214.

Solche Verletzung aber, die zu feindlicher Behandlung berechtigt, ist eben nicht ohne die Visitation festzustellen.

Das einzige völkerrechtliche Delikt, dessen Hinderung ein allgemeines Untersuchungsrecht im Frieden auch ohne Vertrag gewährt, ist der Seeraub (vgl. o. Kap. II, § 3). Darüber herrscht keinerlei Streit: bei ernstem Verdacht der Seeräuberei gegenüber irgendeinem Schiffe ist auf See jedes Kriegsschiff zur Visitation befugt, aber eben nur gegenüber einem solchen, das des nach allgemeinem Völkerrecht als „Seeraub" bezeichneten Delikts verdächtig ist;[7] und dieses Delikt selbst kommt für die Gegenwart, schon seit um 1830 Frankreich die nordafrikanischen Barbareskenstaaten niedergeworfen hat, kaum noch in Betracht.[8]

Eine durch partikuläre Gesetzgebung erfolgte Gleichstellung einer anderen Handlung, z. B. des Sklavenhandels mit dem Seeraub, berechtigt ein Kriegsschiff nicht, das jener Handlung verdächtige Schiff zu untersuchen, gleichgiltig, ob die Handlung durch die Gesetzes des Staates, dem das Kriegsschiff, oder des Staates, dem das verdächtige Schiff angehört, dem Seeraube gleichgestellt worden ist. Denn es fehlt, prozessualisch ausgedrückt, im ersten Fall die Passiv-, im zweiten die Aktivlegitimation.

Gleich Seeräubern aber werden behandelt: Insurgenten, die ohne Anerkennung als kriegführende Macht auf See Gewalt üben, also etwa selbst ein Untersuchungsrecht ausüben wollen, und Schiffe neutraler Nationalität, die von Kriegführenden Kaperbriefe genommen haben (vgl. Kap. III, § 2). Zwecks Feststellung dieser völkerrechtlichen Delikte also ist nicht nur der Kriegführende, sondern jedes Völkerrechtssubjekt zur Visitation berechtigt.

---

7. Vgl. Lawrence l. c. S. 72.
8. Vgl. v. Liszt § 26 S. 143.

Im übrigen ist das Untersuchungsrecht im Frieden nur auf Grund von Verträgen gestattet, und zwar zur Feststellung einer Verletzung des Vertrages; denn auch Vertragsbruch ist — im Gegensatz zum Privatrecht — im Völkerrecht ein Delikt.[9]

Dem Zweck des Vertrages, den rechtlichen Interessen, welche er schützen soll, angemessen, ist dies Untersuchungsrecht bezüglich der dazu Ermächtigten, bezüglich der Ausübungszone und in anderen Beziehungen eingeschränkt.

Selbstverständlich gibt ein Vertrag den ermächtigten Schiffen nur Untersuchungsbefugnis gegenüber den Schiffen eines Vertragsstaates; denn nur diese können ein Delikt durch Vertragsb r u c h begehen, zu dessen Feststellung allein der Vertrag das Untersuchungsrecht gewährt hat. Und zwar muss die Zugehörigkeit zum Vertragsstaate aus der Flagge des angehaltenen Schiffes bereits hervorgehen, und das Recht darf nicht ausgeübt werden, um diese Zugehörigkeit erst zu beweisen. Denn damit würde es in praxi auf den Zweck der Feststellung der Nationalität schlechthin ausgedehnt, und das durch Vertrag von einem einzigen Staate gewährte Visitationsrecht würde mit Berufung auf diesen Zweck gegen alle Staaten unberechtigt geübt werden können.[10] Daher darf auch auf Grund des Verdachts, ein Handelsschiff eines Vertragsstaates missbrauche die Flagge eines am Vertrage unbeteiligten Staates, um der Visitation zu entgehen, das vertragsmässige Untersuchungsrecht nicht ausgeübt werden.[11]

---

9. Vgl. v. Liszt in Birkmeyer's Rechtsencyklopädie S. 1293.

10. Vgl. § 1 des Kap., Kap. VII.

11. England hat seine lange aufrecht erhaltenen Prätentionen in dieser Richtung schliesslich (im Jahre 1858) von selbst fallen lassen (vgl. Kap. XIV.)

Kapitel V.

Geltungsgebiet des Untersuchungsrechts.

Eine Begrenzung von Giltigkeit für das allgemeine Völkerrecht lässt sich natürlich nicht für das konventionelle Untersuchungsrecht im Frieden, sondern, abgesehen von dem weniger bedeutungsvollen Untersuchungsrecht gegen Seeräuber, nur für das Untersuchungsrecht im Kriege aufstellen. Und hier ruhen alle Bestimmungen in dem Leitsatze: Jede kriegerische Aktion auf neutralem Gebiet ist völkerrechtswidrig.

Dies gilt für den Land- wie für den Seekrieg. Es ist daher, wie im Landkriege die Verfolgung feindlicher Truppen auf neutrales Gebiet, so im Seekriege die Anhaltung eines Schiffes zwecks Visitation in neutralem Küstengewässer oder die Verfolgung eines Schiffes von der hohen See bis in neutrales Küstengewässer, in welches es sich flüchtet, von Seiten des visitierenden Kriegsschiffes ein Neutralitätsbruch, eine Verletzung der Territorialhoheit des neutralen Küstenstaates.

Infolgedessen kann die in neutralen Gewässern erfolgte Aufbringung auf Grund einer materiell berechtigten Visitation zwar nicht von dem Staate des visitierten Schiffes angefochten werden, denn ihm gegenüber hat der Visitierende nach seinen Befugnissen gehandelt und keine völkerrechtliche Pflicht verletzt; wohl aber ist der neutrale Küstenstaat berechtigt, die Aufbringung anzufechten, die nur auf Grund einer Verletzung seiner Territorial- und Neutralitätsrechte möglich war.[1]

1. Vgl. Lawrence S. 91 Anm. 2.

Als eigentlicher Schauplatz von See-Kriegsoperationen kommen für die Geltung des Untersuchungsrechts in erster Linie die nichtneutralen Gewässer in Betracht, die Küstengewässer der kriegführenden Parteien, da diese nach allgemeiner völkerrechtlicher Lehre bis auf 3 Seemeilen vom niedrigsten Wasserstand an als Staatsgebiet zu betrachten sind. In den eigenen und den feindlichen Küstengewässern gilt also das kriegerische Untersuchungsrecht, dann aber auch in denen der kriegerischen Bundesgenossen; denn auch diese sind ein Teil des Kriegsschauplatzes. Freilich wird dem Bundesgenossen die Befugnis zugestanden, die Ausübung des Untersuchungsrechts durch die Schiffe des Kriegführenden, der ihm alliiert ist, in seinen Gewässern ausdrücklich zu verbieten,[2] obwohl man sagen möchte, dass solche Einschränkung die Bundesgenossenschaft fast zu partikulärer Kriegshilfe herabmindert. Unstreitig gehen jedoch Heffter und Gessner[3] zu weit, nach deren Ansicht das Küstengewässer des bundesgenössischen Staates prinzipiell dem Untersuchungsrecht verschlossen und nur durch ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Bundesgenossen freizugeben sei. Denn wofern nicht nur partikuläre Kriegshilfe, sondern volle Bundesgenossenschaft vorliegt, s i n d die Territorien aller Bundesgenossen Kriegsschauplatz und alle Kriegsparteien zur Vornahme aller kriegsrechtsmässigen Handlungen auf diesem Kriegsschauplatze berechtigt.

Aber das Geltungsgebiet ist noch weiter; denn während der Landkrieg sich auf das Territorium der Kriegsparteien beschränken muss, steht den Kriegführenden in der Kriegführung zu Wasser ausser den als territoriales Gebiet behandelten Küstengewässern der Parteien das offene Meer, das weder neutrales noch Parteiterritorium ist, als

---

2. Vgl. Perels I § 53 V S. 291.

3. Heffter § 168; Gessner, Le droit des neutres sur mer S. 297, 298.

völlig indifferentes gemeinschaftliches Kriegsfeld zur Verfügung. Auch das Untersuchungsrecht gilt daher als Befugnis des Kriegsrechts anerkanntermassen innerhalb dieses weiten Gebiets. De Reyneval allein gesteht — nach Calvo[4] — den Kriegführenden ein Untersuchungsrecht nicht auf hoher See, sondern nur in feindlichen Territorialmeeren zu; aber diese Einschränkung widerspricht durchaus den geltenden Grundsätzen des Kriegsrechts, das die hohe See als offenes Feld für alle Kriegsoperationen anerkennt, zu denen auch die Ausübung des Untersuchungsrechts durch den Kriegführenden gehört.

Diesem Grundsatze widerspricht jedoch auch eine andere Einschränkung des Geltungsgebiets des Untersuchungsrechts, die eine grössere Zahl von Autoren internationalen Rechts behaupten, nämlich die Negation des Untersuchungsrechts in „entlegenen",[5] „vom Kriegsschauplatze entfernteren"[6] Meeren.

Denn: ist das ganze offene Meer als Operationsfeld für die Flotten kriegführender Mächte völkerrechtlich anerkannt, sind also zwei einander feindliche Kriegsschiffe, die sich an den Antipoden ihrer Heimatsstaaten oder des sonstigen „eigentlichen" Kriegsschauplatzes auf hoher See treffen, völkerrechtlich befugt, einander dort in Grund zu schiessen und so für ihren Teil zu der Entscheidung des Krieges mitzuwirken, so ist nicht zu ersehen, aus welchen Rechtsgründen der gleiche Ort einer anderen kriegsrechtlichen Opera-

---

4. Calvo Bd. V S. 217.

5. Bluntschli § 819 Abs. 1: „Die Durchsuchung ist nicht gestattet in den Eigengewässern neutraler Staaten und nicht in entlegenen Meeren."

6. v. Mirbach l. c. p. 52: In den vom Kriegsschauplatze entfernteren Meeren soll eine Durchsuchung nicht stattfinden, es sei denn, dass begründeter Verdacht eines Neutralitätsbruches vorliegt. — Aehnlich Perels II p. 281 u. a.

tion, der Ausübung des Untersuchungsrechts, grundsätzlich verschlossen sein soll.

Die Gründe, die eine begriffliche Einschränkung des Geltungsgebiets des Untersuchungsrechts rechtfertigen sollen, müssten aus dem völkerrechtlichen Charakter des Ortes geschöpft sein. Gründe dieser Art aber führen die genannten Autoren nicht an, begründen die Einschränkung vielmehr damit, dass in grosser Entfernung vom Kriegsschauplatze allgemein der Kriegführende keinen Anlass habe, diejenigen Völkerrechtsdelikte zu vermuten, deren Hinderung das Untersuchungsrecht bezweckt.

Ganz abgesehen davon, dass diese Begründung tatsächlich unzutreffend ist, da jene Delikte auch in „dem Kriegsschauplatze fernen" Meeren möglich sind, dass sie rechtlich nicht ausreicht, da nur gegenüber Neutralen das Untersuchungsrecht die Feststellung von Neutralitätsverletzungen, gegenüber der feindlichen Flagge dagegen die Feststellung des Seebeuterechts bezweckt, ist es logisch unmöglich, aus den Zwecken des Rechts eine begriffliche Einschränkung seines Geltungsgebietes zu begründen, ja es ist streng genommen bei der geltenden Auffassung aller Teile der hohen See als Operationsfeld, als Kriegsschauplatz der ganze Begriff „vom Kriegsschauplatz entfernte Meere" ein Widersinn.[7]

---

7. Von den genannten Autoren vermeidet ihn — wohl kaum unabsichtlich — allein Perels, der auch die Einschränkung ausdrücklich nur Neutralen gegenüber aufstellt: „Die Ausübung des Visitationsrechts ist aber begrenzt durch die Zwecke, welche damit verfolgt werden. Demgemäss wird dasselbe in solchen Meeren, welche dem engeren Kriegsschauplatze fern liegen, gegen neutrale Schiffe nur soweit auszuüben sein, als wirklich der gegründete Verdacht einer Neutralitätspflichtverletzung vorliegt" (II. § 52 III l. c.). Die ganze vorsichtige Fassung bei Perels dürfte zweifeln lassen, ob die Einschränkung als grundsätzliche aufgestellt oder lediglich als Ausübungsmaxime gegeben ist, jedoch lässt ihre Stellung

Eine rechtliche Einschränkung des Geltungsgebietes in derart rein räumlicher Beziehung erscheint also durchaus unbegründet und auch unbegründbar; ihre Unhaltbarkeit zeigen ihre Verfechter selbst am besten dadurch, dass sie sie wieder fallen lassen, „wenn begründeter Verdacht einer Neutralitätsverletzung vorliegt".[8] Kein Verdacht und keine Gewissheit eines Neutralitätsbruchs könnte zur Visitation berechtigen, wo sie wirklich — wie z. B. in neutralem Küstenmeer — grundsätzlich ausgeschlossen ist.

Ein allgemeines völkerrechtliches Untersuchungsrecht im Frieden beim Verdachte des Seeraubes ist nur auf offener See begründet; denn in Küstengewässern steht es als staatsrechtliche Befugnis den Organen der Territorialgewalt des Küstenstaates zu; die Ausübung desselben in Territorialmeeren, also auch im Küstengewässer, durch die Fahrzeuge eines fremden Staates ist völkerrechtswidrig; denn sie enthält eine Achtungs- und Gebietsverletzung gegenüber dem Küstenstaat.

Da konventionelles Untersuchungsrecht im Frieden naturgemäss nur für das im Vertrage festgesetzte Geltungsgebiet begründet wird, so ist auch bei vorhandener Aktiv- und Passivlegitimation eine Visitation ausserhalb der Vertragszone ein völkerrechtliches Delikt als Vertragsverletzung, die zu einer Entschuldigungserklärung und eventuell zum Schadensersatz verpflichtet.

---

unter den Titel „Oertliche Begrenzung des Visitationsrechts" wohl nur die erste Auffassung zu.

8. Vgl. v. Mirbach l. c., Perels l. c.

Kapitel VI.

Inhalt des Untersuchungsrechts.

§ 1. Das Recht der Anhaltung.

Im Begriff des Untersuchungsrechts liegt seinen Zwecken gemäss notwendigerweise, als erster, fundamentaler Bestandteil, das Recht zur Anhaltung (droit d'arrêt) begründet. Die angetroffenen Schiffe sind daher völkerrechtlich verpflichtet, der in gehöriger Form (vgl. Kap. XXII, § 1) von Seiten des Kriegsschiffes bezw. des staatlich ermächtigten Schiffes an sie ergangenen Aufforderung anzuhalten, Folge zu leisten.

In dem Versuche eines Schiffes, sich der Anhaltung durch gewaltsamen Widerstand zu erwehren, liegt eine völkerrechtswidrige, feindselige Handlung, welche daher jede Gewaltmassregel von Seiten des Kriegsschiffes rechtfertigt, um seiner Aufforderung Gehorsam zu erwirken. Ausserdem aber verwirkt dieser Bruch des Völkerrechts durch das angerufene Schiff die Strafe der Aufbringung, gleichgiltig, ob die Nationalität oder der sonstige völkerrechtliche Charakter des schliesslich gewaltsam angehaltenen Schiffes eine solche rechtfertigen würden.[1]

Unhaltbar erscheint vom Standpunkte des öffentlichen Rechts die Auffassung, die nach Calvo[2] Galiani („De doveri dei prinzipi neutrali") vertritt, wegen des Wider-

1. Vgl. Perels I § 54 S. 296, Calvo Bd. V S. 222.
2. Vgl. Calvo Bd. V S. 224.

standes, der doch nur vom Kapitän ausginge, könne das Schiff bezw. das darauf befindliche Gut nur konfisziert werden, wenn es im Eigentum dieses Kapitäns stände. Denn danach wäre in den meisten Fällen die Bestrafung eines mit Waffengewalt begangenen Völkerrechtsbruches ausgeschlossen, eine Bestrafung, die weniger schwere Delikte, z. B. die Beförderung von Kontrebande anerkanntermassen nach sich ziehen. Wer von den Betroffenen schliesslich den Vermögensschaden zu tragen hat, zu entscheiden, ist Sache des nationalen Rechts, des allgemeinen Zivil- bezw. des nationalen Seerechts des Staates, dem das angehaltene Schiff angehört.

Anders verhält es sich mit der Flucht des angehaltenen Schiffes: zwar macht diese das Schiff verdächtig und rechtfertigt gleich dem Widerstande alle Gewaltmassregeln zur Durchsetzung der Visitation,[3] doch ist durch die blosse Flucht, die zwar auch ein Versuch, sich völkerrechtlicher Verpflichtung zu entziehen, aber doch nicht gewaltsamer Widerstand gegen die Erfüllung dieser Pflicht ist, noch nicht eine Aufbringung des Schiffes begründet, vielmehr hat darüber erst die Untersuchung des Schiffes, wenn dasselbe eingeholt oder durch Anwendung von Gewalt zum Anhalten gebracht ist, zu entscheiden; denn der durch die Flucht begründete Verdacht rechtswidriger Handlungen kann durch das Ergebnis der Visitation widerlegt werden. Mit Recht trennt man daher[4] Flucht von Widerstand; denn die Schwere der durch beide begangenen völkerrechtlichen Delikte ist ungleich. Und während Galiani,[5] Lampredi,[6] u. A. beides gleichsetzen[7] und Flucht gleich dem Widerstande

3. Vgl. Perels l. c.

4. Hautefeuille Bd. II S. 102, Calvo Bd. V S. 222, Perels l. c.

5. Vgl. Anm. 2.

6. (Peuchet) l. c. 1. Teil § XII.

7. Nach der anderen Richtung scheint dies v. Mirbach (l. c. S. 41) zu tun; wenigstens nennt er nicht Aufbringung als Rechts-

bestraft sehen wollen, erklärt Calvo es mit Recht für eine hinreichende Bestrafung der völkerrechtswidrigen Flucht, dass dem schliesslich nach Anwendung von Gewalt visitierten Schiff, da es die Gewalt selbst nötig gemacht hat, die aus dieser ihm erwachsenden Schäden auch dann nicht ersetzt werden, wenn die Untersuchung sich als eine materiell nicht gerechtfertigte erweist.

Das vertragsmässige Untersuchungsrecht im Frieden enthält die gleiche Anhaltungsbefugnis mit den gleichen Rechtsfolgen. Nur findet im Falle der Aufbringung wegen Widerstandes gegen die Anhaltung das Verfahren nicht, wie im Kriege stets, vor einem Prisengerichtshof des Aufbringenden als dem forum exclusivum, sondern naturgemäss vor dem in dem Vertrage festgesetzten — meist gemischten — Prisengericht statt.

§ 2. Das Besuchsrecht.

Das Untersuchungsrecht, welches dem Kriegführenden Gewissheit gewähren will über Qualitäten oder Handlungen des angehaltenen Schiffes, deren Vorhandensein ihm die Berechtigung zur Ausübung des kriegerischen Wegnahmerechts geben würde, umfasst zunächst eine Befugnis zur Prüfung solcher an Bord des Schiffes vorhandener Urkunden, deren blosse Durchsicht dem Visitierenden über diese relevanten Tatsachen Aufschluss geben kann (Besuchsrecht, right of visit, droit d'enquête du pavillon).

Diese Befgunis endet erst mit der aus der Durchsicht der Urkunden gewonnenen Gewissheit des Visitierenden, dass Tatsachen, die ihn zur Aufbringung des Schiffes berechtigen würden, nicht vorliegen. Da aber verschiedene Qualitäten des angehaltenen Schiffes zur Aufbringung berech-

folge des Widerstandes: „Flüchtet es“ (das angerufene Schiff) „oder leistet es Widerstand, und geschieht ihm hierbei irgend ein Schaden, so wird dieser natürlich vom neutralen Schiff getragen“.

tigen können, feindliche Nationalität oder bei neutraler Nationalität Befrachtung mit Kontrebande oder Blockadebruch, so ist der Visitierende befugt, Einsicht in alle Papiere zu nehmen, die über Nationalität des Schiffes, über Beschaffenheit seiner Ladung — wenn der Staat des Visitierenden den Satz „Frei Schiff, frei Gut" nicht anerkennt, in jedem Fall auch über die Nationalität der Ladung —, schliesslich über Ziel und Herkunft des Schiffes Auskunft geben.

Die meisten Autoren geben diese Befugnis in vollem Umfange zu als ein Recht des Kriegführenden, das sich gegen feindliche Schiffe aus dem Recht der Seebeute, gegen neutrale als eine notwendige Ausübung des Selbsterhaltungsrechts und des Schutzes gegen völkerrechtswidrige Schädigungen ergibt.[8]

Von deutschen Publizisten erkennt als Einziger Bluntschli[9] das Recht als blosses „durch das dringende Bedürfnis der kriegführenden Staaten in den Gebrauch des Seekrieges aufgenommenes und von den neutralen zugestandenes Notrecht" an.

Hautefeuille erkennt die Visite überhaupt nicht als Recht, sondern nur als „Ausübungsform eines Rechts" an (vgl. Kap. II, § 3), und auch als solche will er sie beschränken.[10]

Jede Begründung spricht der Besuchsbefugnis Borne-

---

8. Grotius (cit. bei Calvo Bd. V S. 211), Buch III Kap. 1 § 5; Wheaton Bd. IV Kap. 3 § 29; Perels I § 54 S. 297; Gessner, „Kriegsführende und neutrale Mächte" S. 48; Heffter § 169 S. 327; v. Martens § 137 S. 579; Jouffroy S. 223.

9. Bluntschli § 819 S. 459.

10. Hauteffeuille l. c. Bd. III Tit. 11: Sous le nom de visite j'entends le pouvoir ... d'arrêter ... de se rendre à bord, ... des vaisseax de vérifier par l'inspection des papiers, s'ils appartiennent véritablement à la nation dont ils portent les couleurs; et dans le cas seulement ou ils se dirigent vers un port ennemi, s'ils ont à bord des marchandises de contrebande de guerre.

mann[11] ab, der bereits ihre Zwecke für rechtswidrig ansieht: „Die Visitation in ihrem Umfange, ihrer Vollziehung und ihren Folgen . . . streitet unter allen Umständen unbedingt und immer gegen das Recht und die Sicherheit aller Nationen."

Auch das konventionelle Untersuchungsrecht des Friedens umfasst begriffsgemäss zunächst die Befugnis einer Prüfung der Schiffspapiere, hier natürlich je nach den Zwecken des Vertrages verschiedener, im Vertrage bestimmter, zum Teil anderer Urkunden als im Falle der kriegerischen Visitation. Nur eine Gattung von Papieren kommt auch in diesen Fällen in Frage, diejenigen nämlich, aus denen die Nationalität des Schiffes hervorgeht; denn das visitierende Schiff hat auf jeden Fall zunächst festzustellen, ob das angehaltene Schiff die Flagge des Vertragsstaates mit Recht führe und dem Besuchsrecht des Visitierenden überhaupt unterworfen sei.

Wenn in der Wissenschaft das Besuchsrecht im Frieden mehr Gegner gefunden hat, als dieselbe Befugnis im Kriege, so liegt das einmal daran, dass es viel missbraucht worden ist, dass seine Grenzen vielfach überschritten worden sind, sodass manche, die der unberechtigten Ausübung wehren wollten, das Recht leugneten, auf das die Ausübung sich berief. Ferner aber folgt es aus den Ausgangspunkten der juristischen Betrachtung derer, die das Besuchsrecht im Frieden bestreiten. Nächst Bornemann, welcher die Visite grundsätzlich und überall bekämpft,[12] ist es Hautefeuille, der diesen Standpunkt einnimmt, und bei dem er am ausführlichsten, und zwar mit seinem ganzen System begründet ist. Man muss, um ihn verstehen, sich mit ihm und Anderen auf seinem Standpunkt auseinandersetzen zu kön-

11. l. c. S. 159.
12. ebenda.

nen, auf Leitsätze zurückgreifen, die inzwischen von der Völkerrechtswissenschaft überwunden sind.

Hautefeuille geht nämlich vom Naturrecht aus. Für ihn ist das Völkerrecht nicht erst geschaffen durch die gegenseitige „stillschweigende oder ausdrückliche Selbstbindung der Staaten",[13] welche auf gemeinsamer Rechtsüberzeugung beruht, sondern „la loi divine ou naturelle est . . . la seule base et l'unique source du droit international."[14] Gewisse Sätze nun liegen in diesem göttlichen Recht begründet, welches aus Vernunft und Natur abzuleiten ist, und diese Sätze sind unerschütterlich, können von dem positiven Recht nur angewandt, nur ausgebaut, nicht aber umgestossen werden. „Das durch die Natur unmittelbar begründete Völkerrecht oder natürliche Völkerrecht im strengsten Sinne ist unveränderlich wie die Natur selbst."[15]

Die Natur selbst aber ist veränderlich, freilich nach innerer Notwendigkeit und Gesetzmässigkeit veränderlich, und so auch die Rechtsüberzeugung der Menschen und der Staaten,[16] deren Lebensbedingungen sich „temporibus locisque" ändern. Und eine höhere Autorität, eine noch ursprünglichere Wurzel kann man für das Völkerrecht nicht anerkennen, als die allgemeine aus Notwendigkeit und Zweckmässigkeit hervorgehende Rechtsüberzeugung der Völker. Und wenn die konkreten Aeusserungen dieser Rechtsüberzeugung, die dauernde Gewohnheitsrechtsübung oder eine lange Reihe von Völkerverträgen mit den aus Vernunft und Natur abstrahierten Sätzen eines Juristen in Widerspruch stehen, so sind

---

13. Vgl. v. Liszt § 2 S. 6, ähnlich Heffter § 2 S. 3.

14. Hautefeuille l. c. Discours préliminaire. S. III.

15. Vgl. Nau, „Grundzüge des Völkerrechts" § 8.

16. Schon Leibniz (Codex iuris gentium diplomaticus, 1693), welchem ebenfalls „Basis iuris fetialis inter gentes ipsum naturae ius est", fügt dem hinzu: „Hinc gentium placita inaedificata sunt, variabilia temporibus locisque" (cit. bei Rivier S. 55)

eben letztere falsch; im günstigsten Falle, wenn beide übereinstimmen, ist die „loi divine", die der Jurist aufstellt, nicht aber, wie er meint, erkennt, auch nur eine den praktischen Aeusserungen gleichwertige theoretische Aeusserung des allgemeinen Rechtsbewusstseins.

Hautefeuille sieht nun nach seiner aus Vernunft und Natur abgeleiteten loi divine in einem das Besuchsrecht im Frieden gewährenden Vertrage „la cession par un peuple de sa souveraineté sur les sujets," und in dieser „un acte contraire à la loi divine", und deshalb, so folgert er weiter, können dergleichen Verträge auch bei allgemeiner Nachahmung nicht positives Völkerrecht („droit secondaire") schaffen. Ja, ihre Wirksamkeit sei nur an den dauernden Willen des Kontrahenten gebunden, dessen einseitige Notifikation genüge, um ihn von seiner Verpflichtung gegenüber dem Anderen zu entbinden, „den vermeintlichen Vertrag" zu lösen. Hautefeuille konstatiert sogar: „Je vais beaucoup plus loin: de pareils traités sont, à mon avis, absolument nuls, et chaque acte d'exécution n'est justifié que par le consentement actuel et immédiat des deux parties."[17]

Ortolan[18] teilt Hautefeuille's Ueberzeugung bezüglich solcher Verträge, welche das Untersuchungsrecht im Frieden stipulieren, erkennt aber trotzdem ein Visitationsrecht im Frieden, beschränkt freilich auf enquête du pavillon, an.[19]

Auf dem Boden positiven Völkerrechts stehend kann man dem nur entgegensetzen,[20] dass der Staat kraft seiner

17. l. c. S. 98.

18. l. c. Buch I Kap. 12 S. 235. „. . . mais comme une telle convention déroge essentiellement aux lois rationnelles et aux lois positives internationales, elle ne peut avoir d'effet permanent."

19. Ortolan l. c. S. 255: „Nous dirons, pour conclure, qu'en temps de paix, l'exercice du droit d'enquête du pavillon . . . doit se borner généralement . . . à obliger le navire à hisser son pavillon".

20. Vgl. o. Kap. II, § 4.

Unabhängigkeit, seiner Souveränität frei sei, seinen Willen zu binden, sich auch zu Einschränkungen seiner Unabhängigkeit zu verpflichten, soweit er dadurch nicht völkerrechtliche Befugnisse anderer Staaten verletzt oder gefährdet. Eine Grenze setzt solchen Stipulationen freilich die Selbsterhaltung des Staates, die keiner durch eigene freiwillige Abmachungen gefährden wird. Binden aber Staaten ihren Willen, überlassen sie vertragsmässig die Ausübung von gewissen Hoheitsrechten anderen Staaten — und das Untersuchungsrecht im Frieden ist in langer Reihe von Verträgen der verschiedensten Parteien gegenseitig gewährt worden —, so entspringt und entspricht dies eben der allgemeinen Rechtsüberzeugung der Völker und ist Völkerrecht trotz allen Deduktionen der „loi divine".

§ 3. Das Durchsuchungsrecht.

Die am weitesten gehende Befugnis, die im Begriff des Untersuchungsrechts enthalten ist, die Befugnis, Schiffsraum und Ladung persönlich durch Augenschein zu prüfen, ist das Durchsuchungsrecht (right of search, droit de visite).

Gegenüber einem vollkommen loyalen Verhalten des visitierten Schiffes würde die blosse Prüfung der Papiere genügen. Aber wer rechtswidrige Handlungen vornimmt, benutzt auch rechtswidrige Mittel, um jene zu verbergen: Schiffe, die die Absicht haben, Kriegskontrebande in einen feindlichen Hafen zu befördern, versuchen auch durch falsche Ladungspapiere dieses Vorhaben zu verleugnen. Und wenn ein Schiff durch seine blosse, nicht einmal rechtswidrige Qualität, seine Nationalität, Schädigungen ausgesetzt ist, denen es nicht entgehen kann, wenn es sie erkennen lässt, so wird es auch diese durch unerlaubte Mittel zu verbergen suchen.

Daher sind falsche Flaggencertifikate, falsche Ladungspapiere in Gebrauch, die eine gründlichere Prüfung zur Erreichung völkerrechtsmässiger Zwecke nötig machen und berechtigen. Aber nicht der Verdacht einer Fälschung der Papiere allein berechtigt zu einer persönlichen

Durchsuchung des Schiffes, sondern jeder Umstand, der die Annahme wohl begründet erscheinen lässt, dass eine Eigenschaft oder Handlung des Schiffes vorliege, auf deren Feststellung das Untersuchungsrecht abzielt und deren Vorhandensein eine Aufbringung begründet.

Freilich darf die Visite nicht etwa, weil sie eben noch keine Tatsachen hat feststellen können, welche die Aufbringung bezw. bei gewissen Verträgen die Meldung an die Staatsbehörde des Untersuchten rechtfertigen würden, zu einer Durchsuchung gesteigert werden. Sondern ein ernster Verdacht muss begründet sein, dass eine persönliche Durchsuchung solche Tatsachen noch ergeben werde, oder es müssen gewisse rechtswidrige Handlungen bereits vorliegen, aus denen auf solche Tatsachen zu schliessen ist. Perels[21] stellt solche Gründe, die zur Durchsuchung berechtigen, zusammen: „Wenn das Verhalten des Schiffes nach der Aufforderung zum Stoppen oder Beilegen, oder die Revision der Papiere einen die Aufbringung begründenden Tatbestand oder Verdacht ergeben hat, insbesondere: sofern das Schiff ein feindliches und dem Seebeuterecht unterworfen ist, ferner, unabhängig von der Flagge, wenn dasselbe auf das Signal nicht heigelegt oder gestoppt oder gar Widerstand geleistet oder vorbereitet hat; wenn das Schiff eine falsche Flagge gezeigt hat, wenn dasselbe sich über seine Nationalität nicht ausweisen kann, namentlich, wenn es gar keine oder unzureichende, falsche oder gefälschte oder doppelte Papiere verschiedenen Inhalts führt, oder wenn die Papiere bei Annäherung des Kreuzers vernichtet worden sind, ferner bei Versuch von Blockadebruch, vorausgesetzt, dass das Schiff von dem Blockadezustand Kenntnis hatte, wegen Transports von Kriegskontrebande oder wegen sonstiger Vornahmen im Interesse der Kriegführung des Feindes."

---

21. Stengel's Wörterbuch d. Verwaltungsrechts, Bd. I S. 294.

Die Durchsuchung auf Grund von ernstem Verdacht der Täuschung oder solchen von Perels aufgezählten Handlungen geben fast alle Publizisten zu.[22] Im Streit sind sie zum Teil nur bezüglich der Frage, ob der Untersuchende die Schiffsräume, welche Ladung oder Papiere enthalten können, selbst öffnen dürfe oder vom Kapitän des visitierten Schiffes öffnen lassen müsse. Letzteres ist jedenfalls dem Charakter des Untersuchungsrechts, das wohl eine kriegerische, zunächst aber keine feindselige Befugnis geben will, angemessener. Einer Weigerung oder einem Widerstande gegenüber rechtfertigt sich freilich auch ein selbständiges Oeffnen der betreffenden Räume. Ein Aufbrechen von Fässern, gewaltsames Oeffnen von Ballen und anderen Behältnissen ist ein nur durch gewaltsamen Widerstand gerechtfertigter Zwangsakt. v. Martens gibt — nach Hautefeuille[23] — Durchsuchung alternativ mit Aufbringung auf Grund eines durch den blossen Besuch nicht beseitigten Verdachts, also ohne Durchsuchung, zu. Die zweite Alternative aber enthält eine viel schwerer wiegende Beeinträchtigung und Schädigung des Neutralen, als die rigoroseste Ausübung des Durchsuchungsrechts sie verursachen kann, und würde viel häufiger rechtswidrig erfolgen, als die Aufbringung n a c h einer Durchsuchung.

De Reyneval, von dem Hautefeuille[24] sagt, er bestreite die Durchsuchung, gibt sie doch wenigstens im feindlichen Territorialmeere (vgl. o. Kap. V) bei bewiesenem Betruge zu: „mais dèsque le bâtiment neutre se trouve sur les côtes de l'ennemi, le croiseur est en droit d'exiger, non seule-

22. Bluntschli zu § 820 S. 453; Calvo, Bd. V S. 220; Heffter, § 169 S. 328; Jouffroy, l. c. S. 229; v. Liszt, § 26 III 2 c. S. 143; Massé, l. c., I. Buch, Titl. 1, Kap. 1, Sektion 2, § 5; Perels l. c.; Wheaton, l. c., IV., Kap. 3 § 29.

23. Vgl. Hautefeuille, l. c., Bd. II S. 170.

24. l. c., S. 172.

ment les lettres de mer . . . Quant à la visite du navire elle ne peut avoir lieu sans que le croiseur présentera des preuves de fraude." („De la liberté des mers", I. Bd., 1. Kap. 16 § 4.)[25]

Hautefeuille gibt, da er schon den Besuch nicht als ein Recht ansieht und nur mit Einschränkungen hinnimmt, eine Durchsuchung noch weniger zu, verwirft sie vielmehr als „acte de haute juridiction . . . essentiellement défendu à un étranger sur un territoire étranger, à un belligérant sur un territoire neutre" (l. c. S. 156). Er billigt, wie De Reyneval, eine Aufbringung nur bei einem durch blosse enquête du pavillon et de la neutralité erbrachten Beweise der Rechtmässigkeit der Wegnahme.

Für Publizisten, die, wie Bornemann, schon jeden Besuch für völlig rechtswidrig und schlechterdings unzulässig halten, steht konsequenterweise das Durchsuchungsrecht ganz ausserhalb rechtlicher Würdigung.

———

25. Vgl. Calvo, Bd. V, S. 217.

Kapitel VII.

Objekt des Untersuchungsrechts.

Nur um ein Untersuchungsrecht gegenüber Schiffen fremder Flagge, fremder Nationalität kann es sich in allen unseren Ausführungen handeln, die völkerrechtliches Untersuchungsrecht darstellen wollen. Die Befugnis zur Untersuchung von Schiffen des eigenen Staates, welche Kriegsschiffen oder anderen Schiffen des öffentlichen Dienstes gegeben sein kann, ist staatsrechtlicher Natur und greift nicht ins Völkerrecht über. Ein Staatsgesetz, das zur Untersuchung eigener Schiffe ermächtigt, kann eine Untersuchung fremder Schiffe auch auf Grund des Verdachts, dass sie dem eigenen Staate angehören, nicht begründen. Dies musste der Highcourt of Admiralty gegenüber den Untersuchungen fremder Schiffe durch englische Kriegsschiffe auf Grund eines englischen Gesetzes uneingeschränkt zugeben.[1]

Durch den Umstand, dass einige der von den Engländern widerrechtlich visitierten Schiffe Kriegsschiffe waren,[2] war die Völkerrechtsverletzung eine besonders schwere, denn Kriegsschiffe waren zu allen Zeiten von der völkerrechtlichen Visitation befreit.[3] Die prinzipielle Exemption von Kriegs-

---

1. Vgl. Lawrence, l. c. S. 96.
2. Vgl. Walker, l. c. S. 124.
3. Eine Ausnahme von diesem Prinzip schuf, ohne den Grundsatz selbst anzutasten, das Haager Abkommen „betr. die Aus-

und anderen Staatsschiffen beruht erstens darauf, dass diese bezw. ihre Kommandanten unmittelbare Vertreter ihrer Macht sind, sodass die Vornahme einer Visitationshandlung ihnen gegenüber eine Verletzung des Rechts auf Achtung gegen ihre Macht darstellen würde. Die Visitation eines Staatsschiffes verstiesse aber noch gegen ein zweites internationales Grundrecht der Staaten, gegen das Recht auf Unabhängigkeit, da Staatsschiffe als schwimmendes Territorium ihres Staates zu behandeln sind, und die Ausübung des Untersuchungsrechts auf ihnen somit eine Gebietsverletzung enthielte.

Aus den Zwecken, zu denen das Untersuchungsrecht gegeben ist, folgt auch, dass ein Kriegsschiff von seiner Ausübung nicht betroffen werden kann. Das feindliche Kriegsschiff, das Ziel und der Gegenstand eigentlicher feindlicher Aktion, scheidet als Objekt des zwar kriegsrechtlichen, aber doch zunächst friedlich ausgeübten Visitationsrechts ohne weiteres aus. Und von neutralen Kriegsschiffen werden die Handlungen, die durch die Visitation verhindert werden sollen, tatsächlich nicht ausgeübt, und würden, wenn sie ausgeübt werden sollten (Blockadebruch, Transport von Kontrebande), einen Neutralitätsbruch ihrer Macht darstellen, der nicht eine blosse Untersuchung, sondern eine kriegerische Aktion, die Eröffnung der Feindseligkeiten gegen das betreffende Kriegsschiff rechtfertigen würde.

Es sind vielmehr nur Privatschiffe Gegenstand des Untersuchungsrechts. Es macht dabei keinen Unterschied, ob das Privatschiff ein unbewaffnetes oder ein armiertes ist. Kontrovers ist nur, ob das Schiff, das eine Zwitterstellung zwischen Handels- und Kriegsschiff einnimmt, der Kaper, Gegenstand des Untersuchungsrechts sei. Da nun das Kaperschiff meist nicht ausschliesslich der Aufbringung fremder

---

dehnung der Sätze der Genfer Konvention auf den Seekrieg". (Vgl. u. Kap. XXIV § 3)

Handelsschiffe dient, sondern selbst Handelszwecke verfolgt, da ferner der Kauffahrer durch seinen Kaperbrief nicht Staatsschiff wird, sondern trotz seiner tatsächlichen Verwendung im Dienste der Kriegsmacht Privatschiff bleibt, so muss man mit Bornemann[4] und Hautefeuille im Gegensatz zu Ortolan die Frage bejahen: auch der Kaper ist Objekt des Untersuchungsrechts.

Freilich muss auch jedem Kaper gegenüber die Aktivlegitimation zur Untersuchung vorhanden sein, d. h. nur als Kriegführender kann ein Staat das Recht zur Visitation des Kapers beanspruchen. England forderte gegenüber jedem ein britisches Schiff aufbringenden Kaper ein Untersuchungsrecht,[5] auch ohne dass es selbst kriegführende Macht wäre, um die Legitimation des Kapers feststellen zu können. Aber das Verhältnis zu dem von einem Kaperschiff aufgebrachten Kauffahrer gibt einem Staate noch nicht das Visitationsrecht; nur ein zu Unrecht unter der Flagge eines Kriegführenden kaperndes Fahrzeug ist, sobald es dessen als verdächtig erscheint, der Untersuchung durch jedes Kriegsschiff jeder Nation unterworfen;[6] denn diese Handlung ist (vgl. Kap. IV) der Seeräuberei gleich zu achten, und unter dem Verdacht der Seeräuberei ist jedes Fahrzeug auf dem Meere dem Untersuchungsrecht unterworfen.

Objekt des Untersuchungsrechts auf Grund von Vertrag sind naturgemäss nur die im Geltungsgebiet des Vertrages angetroffenen Fahrzeuge unter der Flagge des Vertragsstaates, und die Möglichkeit eines Flaggenmissbrauchs berechtigt nicht dazu, anderen Flaggen als der des Vertragsstaates gegenüber innerhalb der Vertragszone das Unter-

4. Bornemann, l. c. S. 166.
5. Vgl. Perels, Marine-Verordnungs-Blatt 1874, Beiheft 10.
6. Vgl. Perels I § 53 S. 293.
7. Vgl. o. Kap IV § 1, 2.

suchungsrecht auszuüben. Denn, ohne die konventionelle Delegation ausgeübt, ist die Visitation im Frieden ein unberechtigter Hoheitsakt gegenüber fremden Staatsangehörigen, der das Recht auf die Achtung verletzt, die jeder Staat vom anderen für sein Symbol verlangen darf, über welchem Schiff es auch wehen möge.

Ist unter dem Verdachte des Flaggenmissbrauchs ein Schiff, das tatsächlich einem Vertragsstaate nicht angehört, also nicht Objekt des konventionellen Untersuchungsrechts ist, zwecks Visitation angehalten worden, so gibt diese Ueberschreitung völkerrechtlicher Befugnisse dem Verletzten wohlbegründeten Anspruch auf eine Entschuldigungserklärung, bei etwagier Schädigung auf Ersatz von Seiten der zu Unrecht visitierten Macht.

II. Abschnitt.

Geschichtliche Entwickelung.

Eingang.

Unter Einordnung der anfangs des 19. Jahrhunderts erfolgten Einführung des vertragsmässigen Untersuchungsrechts in Friedenszeit im Dienste allgemeiner internationaler Zwecke, welche die bis dahin einheitliche Entwicklung wie eine Grenzscheide in zwei parallele Entwicklungswege teilt, lassen sich bisher fünf Entwickelungsabschnitte in der Geschichte des Untersuchungsrechts unterscheiden.

Die erste Periode enthält die gewohnheitsrechtlichen Anfänge des Untersuchungsrechts bis zu seiner ersten Erwähnung in einer Kodifikation, dem Consulado de Mar (um 1270). Dann wird — in einer zweiten Periode — durch Einzelverträge das Besuchsrecht im Kriege anerkannt und geregelt und weiter zu einem Durchsuchungsrecht ausgedehnt. Uebergriffe verursachen eine Gegenströmung — die dritte Periode —, die in der Verwendung des Convoi und den Kämpfen um seine Anerkennung ihren Ausdruck findet. Der nächste Schritt, mit dem die vierte Periode einsetzt, ist die Einführung des vertragsmässigen Untersuchungsrechts im Frieden, das zuerst heftigen Widerstand findet, sich aber schliesslich — in der fünften Periode — Anerkennung in verschiedenen bedeutsamen Kollektivabkommen erringt.

I. Periode.

Kapitel VIII.

Gewohnheitsvölkerrecht als ausschliessliche Quelle.

Die ältesten Ansätze zu einem allgemeinen völkerrechtlichen Untersuchungsrecht liegen in dem Verhalten der Völker gegenüber dem Seeraube.

Zu allen Zeiten ist der Seeraub als Vergehen gegen die Gemeinschaft der Menschen angesehen worden. Schon Cicero[1] bezeichnet den pirata als „communis hostis omnium". Die Völkergemeinschaft hat diesen Menschen, die sich ausserhalb der Gesetze Aller stellten, stets solidarisch gegenübergestanden und jede Gewaltmassregel jedes Einzelstaates bezw. seiner Organe sowie der sonst friedlichen Staatsangehörigen gebilligt. Und es war notwendig — zumal im Mittelalter, wo besonders im mittelländischen Meere, und zwar nicht nur von den afrikanischen Küsten aus, die Seeräuberei in grösstem Umfange betrieben wurde —, jedem Staate das Recht zuzubilligen, ein Schiff, das der Seeräuberei verdächtig schien, anzuhalten, und es auf diese seine völkerrechtswidrige Eigenschaft hin zu untersuchen, eine Massregel, die nur Feinden, hier Feinden Aller, gegenüber am Platze war.

Denn dem Feinde gegenüber wurde dies im Mittelalter bereits als Recht geübt und allseitig stillschweigend aner-

1. De officiis I 3, 29.

kannt als notwendiges Mittel zur Ausübung der ebenso allgemein giltigen Befugnis, sich feindlichen Gutes auf See zu bemächtigen.

Die älteste Quelle internationalen Seerechts, in der das Untersuchungsrecht Erwähnung findet, ist die unter dem Namen „das Seeconsulat“[2] bekannte spanische Gesetzsammlung, die in der uns erhaltenen Form im Jahre 1270 von Jacob, König von Aragonien, Valencia, Majorca und Grafen von Barcelona für das Seegericht von Valencia erlassen worden ist. Der weitaus grössere Teil dieses Rechtsbuches ist jedoch[3] älteren Ursprungs und vereinigt früher gegebene Verordnungen. In diesem älteren Teil des Consulat findet sich, und zwar im 273. Capitel, eine ausführliche Bemerkung über die Visitationsbefugnis. Das Capitel, welches: „Von einem Kaufarthey-Schiffe, das durch ein bewaffnetes Schif genommen wird“, handelt, setzt das Seebeuterecht und sein Verfahren als bekannt voraus[4] und sagt im 3. Absatz: „Und wenn der Schiffer des genommenen Schiffes, oder jemand von den mit ihm fahrenden Schiffleuten sagen wird, „dass sich Gut in dem Schiff befinde, welches ihr Eigentum sei“, so sollen sie, wenn es Kaufmannsgüter sind, auf ihr blosses Wort nicht geglaubet werden, sondern man soll das Schiffsbuch nachsehen, und untersuchen, wenn

2. Vgl. Bonfils, l. c. § 1498 ff., 1590; Calvo, Bd. V § 2942; Croke, l. c. S. 40, Heffter, § 167.

3. Vgl. Corpus juris nautici oder Sammlung aller Seerechte . . . von Joh. Andr. Engelbrecht. I. Bd., Einl. p. VIff.

4. Wenn ein bewaffnetes Schiff oder anderes Fahrzeug auf seinen Streifereyen, einkommend oder ausgehend oder irgendwo liegend, ein anderes Kaufartheyschiff antrifft, und das Kaufartheyschiff ein feindliches ist, auch die Ladung desselben dem Feinde gehöret, so ist es nicht nötig, weiter davon zu reden; denn jedermann ist so klug von sich selbst, dass er weiss, was er in einem solchen Falle zu tun hat, und darum ist es nicht nötig, Vorschriften zu geben . . . . (Corpus juris nautici, Bd. I p. 337).

eines gefunden wird, und wenn keines gefunden wird, sollen es der Schiffer oder die Schiffleute beeidigen, und wenn sie eidlich erklären, dass das Gut das ihrige sei, so soll der Admiral, oder der an seiner Stelle ist, ihnen solches ohne Widerrede ausliefern; . . ."[5]

Die Sätze des Consulats, das weit bekannt und verbreitet wurde, fanden in andere Seerechte Aufnahme und bildeten nun eine ausdrückliche Anerkennung allgemeinen alten Gewohnheitsrechtes.

Die Anerkennung des Visitationsrechts durch das Consulat sowie durch andere Seerechtsbücher nach jenem änderte freilich zunächst nicht seinen Charakter als völkerrechtliche Gewohnheit. Denn die Rechtsbücher galten, selbst wo sie legis vigorem erlangten, als Satzung nur ihres Staates. Um Völkerrechtssatzung zu werden, musste das Untersuchungsrecht erst in international bindende Festsetzungen aufgenommen werden.

---

5. ebenda.

Vertragsvölkerrecht als Quelle.

ERSTER UMKREIS.

Entwickelung im Kriegsrecht.

II. Periode.

Kapitel IX.

Blosse Anerkennung des Besuchsrechts im 15. und 16. Jahrhundert.

Schon am Anfange des 15. Jahrhunderts fand das Untersuchungsrecht Aufnahme in Verträge, die England mit verschiedenen Seehandel treibenden Staaten schloss.

Dieser Seehandel war freilich zu jener Zeit noch nicht von bedeutendem Umfange, die aus Missbräuchen desselben, durch Transport von Kontrebande oder andere völkerrechtswidrige Handlungen zu erwartenden Schädigungen des Kriegführenden waren gering, und so wurde zunächst in allen Verträgen nur ein Besuchsrecht, eine Befugnis zum „Examen"[1] der angetroffenen Schiffe zugestanden, eine Befragung, der gegenüber allerdings den Schiffern eine „juste et bonne confession", sogar auch eine eidliche Versicherung zur Pflicht gemacht wurde.

Mit Burgund schloss England das erste derartige Abkommen in einer „Treuga super Cursu Merchandisarum" 1406, welche 1417, 26, 78, 96 erneuert wurde.[2] Der das

---

1. Vgl. o. Kap. I.
2. Vgl. Calvo, Bd. V S. 206.

Examen der Kauffahrer betreffende Artikel der „Treugarum super Cursu Merchandisarum Confirmatio“ von 1417 lautet: „Item, que les Marchans, maistres de Niefs & Maronniers de nostre dit Pays de Flandres ou demourans en Flandres ne Amenront, par Fraude ne Coleur quelconque, aucuns Biens ou Marchandises des Ennemis des Englois par Mer; & en Cas qu' ilz en soient demandez par aucuns Escumeurs, ou autres Gens de la Partie d' Engleterre, eulx en feront juste & plaine confession. . . .“[3]

Eine eidliche Versicherung wird von den angehaltenen Kapitänen im Vertrage Englands mit Genua 1460 verlangt: „Nec caricabunt aut portabunt, in Navigiis eorum supradictis, Bona aut Mercimonia alicuius Inimici nostri aut Inimicorum nostrorum; & casu quo fecerint, petiti & interrogati per nostros dicti Januenses debent immediate & sine dilatione (mediante Juramento suo, cui Subditi nostri fidem debent) Veritatem dicere & fateri, quae & qualia Bona Inimicorum nostrorum vel Inimici ducunt in Navibus suis, & illa sine Difficultate Tradere & Deliberare Capitaneis, vel . . . aliis Subditis nostris quos obviare contingeret Navibus dictorum Januensium, ubicumque super Mare, recipiendo pro rata Nauli sive Affrectamenti hujus modi Mercium Inimicorum.

„Et, casu quo dicti Januenses sic facere recusaverint vel Juvamen aut Defensionem praestiterint alicui Inimicorum nostrorum, contra Subditos nostros super Mare, licitum erit ipsis nostris Subditis eosdem Januenses Invadere, & Depugnare eorum Naves, & Bona Capere et Retinere, Personasque eorundem Prisonarios Accipere et Custodire.“[1]

Im letzten der obengenannten Verträge Englands mit Burgund von 1496 wird die Untersuchung sogar ausdrücklich auf das Examen beschränkt; Art. 23 dieses Vertrages

3. Rymer; Foedera Tom. IV, Pars III p. 12.

4. ebenda Tom. V Pars II p. 92.

lautet: „Item, Conventum, Concordatum & Conclusum est quod Subditi unius Principis praedictorum, sive Mercatores fuerint, sive Nautae, Magister Navium aut Marinarii, non adducent vel adduci facient, per Mare fraudulose, vel quocunque colore, aliqua Bona seu Mercandisas Inimicorum alterius eorundem Principum: Et, si secus egerint & per Subditos alterius Principis Guerrae licite Operam dantes, super haec interrogati fuerint, tenebuntur facere veram, planam & Justam Confessionem & Declarationem, cui in ea parte pro tunc stabitur, iidemque Interrogantes ulterius Scrutinium in ea Parte non facient; Sed si postea eundum Interrogatum falso respondisse constiterit, tunc idem interrogatus interroganti, quem per falsam Responsionem defraudavit, tantum de suo erogare tenebitur, quantum Merces Inimicorum per eum vectas, & ut praemittitur, celatas valuisse constabit."[5]

Den Verträgen entsprachen natürlich auch nationale Instruktionen. Diese kommen freilich nicht in Betracht als Völkerrecht konstituierende Satzungen, aber sie sind von Interesse, weil in ihnen Einzelheiten des Verfahrens vorgeschrieben sind, die auf den zu ihrer Zeit anerkannten Charakter des Rechts schliessen lassen. So gibt eine Instruktion Heinrich VIII. von England von 1512 (im Art. 18[6])

---

5. ebenda Pars IV p. 85.

6. ebenda Tom. VI Pars I p. 82. Item, if it shall fortune any Vessel or Vesselys of the Flete, having Licence of the Admiral to passe out for Victailles, Water, or any other Message or Busenes, to encountre and Mete any strange Vessell on the See, the may and owe to demaunde and aske the Masters and Governors of such strange Shippes what they be? and whens they comme? and such of the most sadde Men and Souldeours, as shall be appointed by the Capitain and Master of the said Shippe, to visitt and examyn theyr Mynuments, Indentures, Wrytings and Cokkets, and none other: And, in case it may be by theym founde that suche goods or any parte thereof apporteign to Ennemyes, or that ther be any

den Schiffen der Flotte die Befugnis, fremde Schiffe zu visitieren und event. zur Aburteilung aufzubringen.

Freilich liessen sich nicht alle Staaten auf solche Verträge, die dem fremden Staate eine Kontrolle über ihre Untertanen gewährleisteten, ein, und schon am Ende des 16. Jahrhunderts wahrte Frankreich England gegenüber das Prinzip uneingeschränkter Meeresfreiheit. Vergeblich verlangte Elisabeth nach dem Frieden von Vervins 1598 von Heinrich IV. die Bewilligung des Besuchsrechts auch nur gegenüber den nach Spanien fahrenden französischen Schiffen.[7]

Dieser rechtliche Standpunkt war allerdings nicht unbeeinflusst durch die naturgemässe Stellung des Fils Aîné de l'Eglise zwischen der katholischen Majestät von Spanien und der protestantischen Usurpatrix auf dem englischen Thron. Möglicherweise aber hatten schon im 16. Jahrhundert die englischen Schiffe sich Uebergriffe erlaubt, sodass es geraten schien, ihnen zu solchen überhaupt keine Handhabe durch ein Besuchsrecht zu bieten.

Suspection thereof, then the said Vesselys, with their Goods, Maisters and Governers of the same, shall be by theym bronght surely and safely bifor th'Admirall, to th'entent that, in case they be founde true Merchauntys, without Suspition or Colouring of Ennemys Goodes, they may be enlarged and suffered frely to passe at their libertie: Ells the Goods and Shippes, appertheyning to Ennenyes, to be taken as to the said Admirall and the Lawes ot See shall the be thought good and apperteign.

7. Castel, l. c., p. 33.

Kapitel X.

Regelung der Ausübung; Ausdehnung durch Anerkennung des Durchsuchungsrechts im 17. Jahrhundert.

Im 16. und 17. Jahrhundert blühte infolge der neu entdeckten Kontinente und Seestrassen der Seehandel gewaltig empor, und die Konkurrenz der Seestaaten auf dem gemeinsamen Handelsgebiete verschärfte sich dementsprechend. Im Norden Europas waren England und Holland die beiden grössten Rivalen (im ersten Jahrzehnt des 17. Jahrhunderts wurde die Holländisch-Ostindische, im zweiten die Britisch-Ostindische Companie begründet). Uebergriffe waren, besonders von englischer Seite, die Folge der Rivalität, und man sah sich genötigt, die gegenseitige Stipulation des Untersuchungsrechts nicht bei der blossen Anerkennung bewenden zu lassen, sondern das Verfahren bei seiner Ausübung möglichst genau zu regeln.

Der erste Vertrag, der[1] hierzu das Beispiel gab, war der vom 29. 3. 1632 zwischen England und Holland, dem einer zwischen Spanien und Holland von 1650 folgte.[2] Wichtiger aber als diese ist, weil seine Vorschriften denjenigen aller folgenden im 17. und im Anfange des 18. Jahrhunderts zum Vorbilde dienten: der Pyrenäen-Vertrag vom 7. 11. 1659, der Friedensvertrag zwischen Spanien und Frankreich.

Dieser regelte zunächst in Art. XIV. und XVI. die Prü-

---

1. Hautefeuille, Histoire . . du droit Maritime international, S. 217.
2. Vgl. Bornemann S. 92.

fung verdächtiger Fahrzeuge in den Häfen der Vertragsparteien, die sich auch „audit cas de soupçon" auf die „exhibition de leurs Passeports" beschränken muss, und gab weiter in Art. XVII genaue Vorschriften für die Visitation auf offener See, wie folgt: „Que ils estoient entrez dans les Rades, ou estoient rencontrez en pleine mer par quelques navires dudit Seigneur Roy Catholique, ou des Armateurs particuliers ses sujets, lesdits Navires d'Espagne; pour éviter tout désordre, n'approcheront pas de plus près les François, que de la portée du canon, & pouvront envoyer leur petite Barque ou Chaloupe au bord des Navires ou Barques Françoises, & faire entrer dedans deux ou trois hommes seulement, à qui seront montrez les Passeports par le Maistre ou Patron du Navire François en la manière cy-dessus specifiée, selon le Formulaire qui sera inseré à la fin de ce Traité; par le quel il puisse apparoître non seulement de sa charge, mais aussi du lieu de sa demeure & residence & du nom tant du Maistre ou Patron que du Navire mesme; afin-que par ces deux moyens on puisse connoître, s'il portent des Marchandises de Contrebande, & qu'il apparoisse suffisament, tant de la qualité dudit Navire que de son Maistre ou Patron; auquels Passeports & Lettres de Mer se devra donner entiere foy & creance. Et afinque l'on connoisse mieux leur validité, & qu'elles ne puisse en aucune manière estre falsifiées & contrefaites, seront données certaines marques & contre seings de chaque costé des deux Seigneurs Roys."[3]

Während also Regeln vorgesehen sind, die Ueberschreitung der Befugnisse bei der Visite zu verhindern: die Entfernung des Schiffes, die Beschränkung der Zahl der Visitierenden, sind andererseits — ein Zeichen der Notwendigkeit grösserer Vorsicht, genauerer Kontrolle auch der Kriegführenden —, die Befugnisse selbst gegen früher erweitert.

---

3. Calvo V § 2944 S. 209.

Man begnügt sich nicht mehr mit der blossen mündlichen „juste et bonne confession" des Schiffers, sondern verlangt urkundliche Beweise der völkerrechtlichen Qualitäten des Schiffes, und zwar über alle möglicherweise relevanten Tatsachen: über Ladung, Heimatshafen, Namen des Schiffes und des Herrn. Diesen Urkunden aber „se devra donner entière foi et créance."

Aber schon 1661 ging ein Vertrag Englands und Schwedens[4] weiter und schrieb für den im Pyrenäen-Vertrag nicht behandelten Fall, dass der urkundliche Beweis nicht zufriedenstellend erbracht werden könne, die Durchsuchung vor: Art. 12: If this solemn and stated form of the certificate be not produced or there be any other just and urgent case of suspicion, which shall only be deemed justifiable in this case, and not otherwise, then if the goods of the ennemy are found in the ships . . ."

Und demgemäss schrieb auch ein Vertrag Englands mit Dänemark 1670[5] in Art. 20 für den Fall, dass die Pässe mangelten, oder sonst „gerechte und augenscheinliche Ursache zum Verdacht" vorläge, die „Visite" — im älteren Sinne, also die Durchsuchung — vor.

Aber in Verträgen, an denen England nicht beteiligt war, wurde diese Bestimmung noch nirgends nachgeahmt. Vielmehr blieben noch lange alle anderen auf dem Standpunkte des Pyrenäenvertrages, und, zwei ebenbürtigen Seemächten gegenüber stehend, musste auch England sich mit den Befugnissen begnügen, die jener Vertrag gewährt hatte. Dies war der Fall in dem sehr wichtigen Vertrage zu Utrecht vom 11. 4. 1713 zwischen England und Frank-

4. Vgl. A. Croke: „Remarks on . . . the visitation of neutral vessels" p. 52.

5. Vgl. Bornemann, l. c. p. 937.

reich und Holland, dessen Art. 24 den Art. 17 des Pyrenäenvertrages inhaltlich genau wiederholt.

Erst gegen Ende des 18. Jahrhunderts setzte sich allgemeiner die Durchsuchungsbefugnis in Verträgen durch. Aber auch da noch schlossen verschiedene Verträge, zumal französische, so der vom 6. 2. 1778 mit den Vereinigten Staaten,[6] der mit England vom 26. 9. 1786,[7] die dem Utrechter Vertrage noch genau folgen, die Durchsuchung aus.

Eine weitere Massregel, die England in Verträgen mit Holland 1674 und 88 zur Präzisierung der Zwecke der Untersuchung ergreift, ist eine Aufzählung von als Kontrebande zu betrachtenden Gegenständen[8] und eine Unterscheidung zwischen den Seebriefen und Ladungspapieren,[9] welch letztere nur gezeigt werden sollen, wenn das visitierte Schiff nach einem feindlichen Hafen bestimmt ist.

Aber England hielt sich nicht allzu streng in den Grenzen seiner vertragsmässigen Befugnisse, und seine Kriegsschiffe und noch mehr seine Kaper gaben häufig zu Klagen über willkürliche Ausdehnung des Besuchsrechts zu einer Durchsuchung Anlass; denn England benutzte alle Mittel und jede Gelegenheit, den Handel der anderen zu schädigen, um seine Suprematie auf dem Meere durchzusetzen. Die Folge war eine Reaktion gegen das Untersuchungsrecht von Seiten der kontinentalen Seemächte.

6. Art. 12, 27 des Vertrages (R. T. I. p. 691, 698).
7. Art. 26, 27 des Vertrages (R. T. II p. 696, 697).
8. Vgl. Calvo, V § 2945 p. 209.
9. Vgl. Bornemann, p. 92.

III. Periode.

Kapitel XI.

Die Gegenströmung: Einschränkung durch Convoi im 17. und 18. Jahrhundert.

Schon 1653 hatte gegenüber den englischen Missbräuchen im Englisch-Holländischen Kriege Christine von Schweden eine Instruktion erlassen, die ihren Untertanen vorschrieb, ihre Handelsschiffe unter dem Schutze von Kriegsschiffen zu vereinigen, die eine Visitation der von ihnen begleiteten Handelsschiffe verhindern sollten. Sie nahm damit ein Mittel auf, das in vergangenen Jahrhunderten vielfach die Handelsschiffe — namentlich der Hansestädte und italienischen Seehandels-Republiken, so Genuas, Venedigs — gegen Seeräuber hatte schützen müssen: die Convoi.[1]

Diese nationale Instruktion, die infolge des baldigen Friedensschlusses nicht mehr ausgeführt wurde, war zwar an sich völkerrechtlich gleichgiltig, regte aber eine bedeutungsvolle Weiterbildung im Völkerrecht an, denn sie gab den Generalstaaten Veranlassung, beim Friedensschluss 1655 mit England eine Exemption von der Visite für convoyierte Schiffe vorzuschlagen. England bestand auf der Visitierung unter allen Umständen, und Holland musste nachgeben. 1656 zog es sein Zugeständnis zurück und wies seine Convoischiffe an, gegenüber dem Ansinnen der Visitierung nötigenfalls Gewalt zu gebrauchen. England remon-

1. Calvo, V § 2970 p. 226.

strierte, eine Einigung kam nicht zu Stande, und im Vertrag von 1666 wurde daher von einer Regelung der Visite überhaupt abgesehen.[2] Schliesslich aber verstand sich Holland zu Konzessionen an England: Der Kommandeur des Convoischiffes sollte die Papiere der Convoyierten in Händen haben und gehalten sein, sie dem Visitierenden zu zeigen, welcher, wenn er eine Irregularität darin fände, das betreffende Schiff aus dem Convoi zu nehmen und aufzubringen berechtigt sein sollte.

Auch im Laufe des 18. Jahrhunderts gab die Behandlung der convoyierten Schiffe verschiedentlich zu Streitigkeiten Anlass, doch wurden die Fälle nie in einer für die Zukunft bindenden Weise erledigt und sind daher für das internationale Recht ohne Bedeutung geblieben. Die Staaten, ausser England, begannen sich mit einer Versicherung des convoyierenden Offiziers bezüglich des völkerrechtsmässigen Charakters der Convoyierten zu begnügen; England jedoch sprach diesem Mittel, ausser bei vertragsmässiger Anerkennung jede Rechtswirkung ab und beharrte auf dem Grundsatz: „The belligerent cannot be obliged without his own consent to abide by any particular mode of satisfaction."[3]

Die Bewaffnete Neutralität von 1780 hätte als Kollektivvertrag einer Mehrzahl von zum Teil so bedeutenden Mächten (vgl. Kap. II, § 3) einen grossen Einfluss auf die Entwicklung des Visitationsrechts durch Stellungnahme zu all seinen Eventualitäten üben können. Dieses hat sie jedoch nicht getan. Es ist dennoch — indirekt — durch sie nicht unberührt geblieben, da durch Aufstellung des Satzes: „Frei Schiff, frei Gut!" und durch die Spezialisierung des Kontrebandebegriffs der Umfang seiner Ausübung, wenigstens zwischen den Signatarmächten, eingeschränkt wurde.

---

2. ebenda, V, p. 226 ff.
3. A. Croke: l. c. p. 62.

Einen Rückschritt in der Durchbildung der Völkerrechtsnormen, wenn auch einen Fortschritt für Englands partikuläre Interessen bildete dessen Vertrag mit Russland vom 21. 2. 1797, in welchem der Ausübung des Untersuchungsrechts der weiteste Spielraum gelassen ist.[4]

Der Vertrag richtete sich vor allem gegen Frankreich, wie es vorher eine Russische Instruktion vom 24. 7. 1793 schon getan hatte mit dem ausdrücklichen Zugeständnis, die feindlichen Massnahmen gegen die Franzosen entsprächen zwar nicht streng dem im Kriege geltenden Völkerrecht, wie es zwischen Staaten unter rechtmässiger Regierung geübt wurde; gegen jene vermessenen Schurken aber, welche alle Pflicht gegen Gott, das Gesetz und die Regierung über den Haufen geworfen hätten, wäre solches Vorgehen gerechtfertigt.[5]

Aus diesem Sinne heraus ergaben sich auch die Bestimmungen des Russisch-Englischen Vertrages. England aber machte sich diesen Erstfall zu Nutze und vermied in späteren Verträgen möglichst eine genaue Regelung des Untersuchungsrechts im Kriege.

Es gelang ihm bald, einen grossen Teil seiner Forderungen bezüglich der Visitation durchzusetzen. Die Convoifrage gab den Anlass dazu. — Im amerikanischen Unabhängigkeitskriege hatten sich wieder Konflikte zwischen England und Holland ergeben, welches sich dauernd einer Durchsuchung seiner convoyierten Schiffe widersetzte.[6] Da-

---

4. Art. 10 des Vertrages (R. T. II. p. 722 ff.) „Quant à la visite des vaisseaux marchands les vaisseaux de guerre et corsaires se conduiront avec autant de modération que les circonstances de la guerre permettent, d'en user envers les puissances amies qui sont restées neutres, et en observant le plus qu'il sera possible les principes généralement reconnus et les préceptes du droit de gens."

5. Vgl. Croke, l. c. Appendix p. 143 ff.

6. Vgl. v. Mirbach, p. 75.

her erklärte England Holland den Krieg. Holland blieb konsequent und respektierte in diesem Kriege nun seinerseits die Erklärung fremder Convoi-Offiziere.[7]

England aber gab keine derartige Einschränkung der Visitation zu, sondern betrachtete weiter jede Weigerung eines Convoi-Offiziers, eine solche vornehmen zu lassen, als feindselige Handlung und wendete ihr gegenüber Gewalt an. So ergab sich Englands Konflikt mit Dänemark.

7. Ordonance des États-Généraux des Provinces Unies des Pays-Bas rélativement à la guerre, du 26 janvier 1781. Art. 6: . . Quant aux vaisseaux sous convoi, on devra ajouter foi aux declarations des officiers du convoi, que les navires sous leur covoi n'ont point chargé des marchandises de contrebande; selon la pleine connoissance qu'ils en doivent avoir, et dès lors il ne sera point exigé de visite ultérieure." (R. T. IV. p. 414).

Kapitel XII.

Der englisch-dänische Convoikonflikt und die II. Bewaffnete Neutralität (1800/01).

Im Jahre 1799 leistete in der Strasse von Gibraltar ein dänischer Convoibefehlshaber der von englischen Kreuzern geforderten Visitation der Schiffe unter seinem Geleit Widerstand. Die Engländer setzten mit Gewalt die Visitation durch und brachten die convoyierten Schiffe auf.[1] England verlangte eine Entschuldigung wegen unberechtigten Widerstandes, da eine Convoyierung nur auf Grund von Vertrag zu respektieren sei. Aber Dänemark lehnte die Entschuldigung ab. Schon am 25. 1. 1800 wurde abermals eine dänische Fregatte, die „Freya", die sich der Visitation ihres Convois durch englische Kriegsschiffe widersetzte, von diesen — sechs an Zahl — in einem Gefecht, das die Engländer eröffneten, besiegt und mit ihrem Convoi aufgebracht. Diesmal verlangte Dänemark eine Entschuldigung, aber auch England war beleidigt und schickte einen Spezialkommissar nach Kopenhagen, die Angelegenheit zu ordnen.[2]

Diesem wurde, um nach einem Grundsatze Karls I. den Ansprüchen Englands Nachdruck zu verleihen, „not so much by discourses as by the louder language of a powerful navy", ein Geschwader von 16 Schiffen mitgegeben, das

---

1. Auch mit einem schwedischen Convoi hatte sich 1798 im Canal La Manche der gleiche Vorgang abgespielt. — Vgl. Walker, l. c. p. 310, Perels l. c. p. 302.

2. Perels l. c.

sich im Sund postierte. Dänemark schlug die Vermittlung Kaiser Pauls von Russland vor, die aber von England abgelehnt wurde, und der englische Kommissar regelte mit der dänischen Regierung am 27. 8. den „Freya"-Fall im englischen Sinne, freilich, ohne die juristische Kontroverse zu erledigen.

Nun lud Kaiser Paul, von Dänemark angeregt, dieses selbst, Schweden und Preussen zu einer Erneuerung der Bewaffneten Neutralität ein, und eine Konvention der bewaffneten Mächte erweiterte im Dezember 1800 jene von 1780 durch zwei Zusatzartikel, deren einer zu dem Erfordernis der Effektivität der Blockade die Spezialnotifikation hinzufügte, während der andere die Erklärung des Convoi-Offiziers bezüglich seines Convois für bindend erklärte.[3]

Die englische Regierung verlangte nun von Dänemark Aufklärung wegen dieser sichtlich gegen sie gerichteten Abmachung und legt Embargo auf die dänischen, schwedischen und russischen Schiffe. Dänemark legt (am 29. 3. 1801) in Erwiderung dessen Embargo auf die englischen Schiffe; die Engländer aber erzwingen bereits am folgenden Tage unter Nelson den Sund und schlagen am 2. 4. die dänische Flotte auf der Rhede von Kopenhagen. Infolgedessen muss Dänemark im Waffenstillstand vom 9. 4. 1801 die Sätze der Konvention von Dezember 1800 suspendieren.

Als dann dem Kaiser Paul Alexander I. folgte, gelang England eine Annäherung an Russland, sodass es mit ihm zu Petersburg am 17. 6. 1801 eine Konvention abschloss, der dann Schweden und auch Dänemark beitraten. In die-

---

3. R. T. VII p. 172: „La déclaration de l'officier commandant le vaisseau ou les vaisseaux de la marine royale ou impériale qui accompagneront le convoi d'un ou de plusieurs bâtiments marchands, que son convoi n'a à bord aucune marchandise de contrebande, doit suffire pour qu'il n'y ait lieu à aucune visite sur son bord ni à celui des bâtiments de son convoi".

ser beschränkte zwar England die Befugnis zur Untersuchung gegenüber convoyierten Schiffen auf Kriegsschiffe; Kaper sollten dieselbe nicht mehr vornehmen dürfen.[4] Anderseits aber konnten die anderen Konventionsstaaten ihre Forderung, die Versicherung des Convoi-Offiziers zu respektieren, nicht durchsetzen.

Vielmehr wurde vereinbart, ähnlich dem Zugeständnis Hollands an England Ende des 17. Jahrhunderts (vgl. o. Kap. XI), dass die Schiffspapiere bezüglich Nationalität und Ladung der Convoischiffe vor der Abfahrt dem Convoi-Befehlshaber auszuhändigen seien, dass dieser sie dem Kriegführenden zur Einsicht vorzulegen habe, zugleich mit einem Dokument, dass die betreffenden Schiffe unter sein Geleit stellt, dass bei irgend einem Verdacht auf Grund der Prüfung der Papiere der Visitierende zu einer Durchsuchung des betreffenden Convoischiffes schreiten dürfe, welche der Convoikommandant zu unterstützen habe,[5] und dass schliess-

4. Art. IV, 1 (R. T. VII p. 260): „Que le droit de visiter les navires marchands appartenant aux sujets de l'une des puissances contractantes et naviguants sous le convoi d'un vaisseau de guerre de la dite puissance ne sera exercé que par les vaisseaux de guerre de la partie belligérante et ne s'éteindra jamais aux armateurs, aux corsaires ou aux autres bâtiments, qui n'appartiennent pas à la flotte impériale ou royale de Leurs Majestés, mais que leurs sujets auraient armés en guerre".

5. Art. IV, 4 (l. c.): „Cette vérification faite, il n'y aura lieu à aucune visite, si les papiers sont reconnus en règle et qu'il n'existe aucun motif valable de suspicion. Dans le cas contraire, le commandant du vaisseau de guerre neutre (y étant dûment requis par le commandant du vaisseau ou des vaisseaux de la puissance belligérante) doit amener ou détenir son convoi pendant le temps nécessaire pour la visite des bâtiments, qui le composent; et il aura la faculté de nommer un officier pour assister à la visite des dits bâtiments, laquelle se fera en sa présence sur chaque bâtiment marchand, conjointement avec un ou plusieurs officiers, préposés par le commandant du vaisseau de la partie belligérante.

lich, wenn sich die Notwendigkeit auf Grund eines ernsten Verdachts hierbei ergibt, der Kriegführende nach Verständigung des Convoi-Kommandanten, das betreffende Schiff aus dem Convoi nehmen und ohne Verzug nach seinem nächsten Hafen bringen dürfe, wohin freilich ein Offizier des Convois dem betreffenden Schiffe mitzugeben sei.[6]

Zwischen Russland und England übrigens wurden 1807 die Bestimmungen der Konvention von 1801 durch die Russische Kriegserklärung an England ausdrücklich aufgehoben.

Noch einmal gab die Convoifrage einen Konfliktsanlass, und zwar zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und Dänemark während des Krieges der letzteren Macht mit England 1810. Es handelte sich diesmal um die Wirksamkeit einer Convoyierung durch Schiffe einer Kriegspartei (vgl. u. Kap. XXV, § 3). Da aber der Streit schliesslich (erst 1830) unter der ausdrücklichen Abrede erledigt wurde, „that it should never be invoked as precedent or rule",[7] ist er für die Rechtsentwicklung ohne Bedeutung geblieben.

---

6. Art. IV, 5 (l. c.) S'il arrive que le commandant du vaisseau en guerre ayant examiné les papiers trouvés à bord et ayant interrogé le maître et l'équipage du vaisseau, aperçoive des raisons justes et suffisantes pour détenir le navire marchand afin de procéder à une recherche ultérieure, il notifiera cette intention au commandant du vaisseau de convoi, qui aura le pouvoir d'ordonner à un officier de rester à bord du navire ainsi détenu et d'assister à l'examen de la cause de sa détention. Le navire marchand sera amené tout de suite au port le plus proche et le plus convenable appartenant à la puissance belligérante; et la recherche ultérieure sera conduite avec toute la diligence possible.

7. Vgl. Wheaton l. c. p. 622.

Kapitel XIII.

Einwirkung allgemeiner seekriegsrechtlicher Konventionen auf das Untersuchungsrecht im 19. Jahrhundert.

Es hat sich seit dem Anfange des 19. Jahrhunderts das Untersuchungsrecht im Kriege begrifflich kaum weiter entwickelt. Der Umfang seiner Ausübung freilich ist, wie durch die Bewaffnete Neutralität von 1780, so in noch höherem Masse durch die Seerechtsdeklaration von 1856 beeinflusst worden. Denn da durch sie für alle beteiligten Staaten die Kaper ausschieden und neutrales Gut auf feindlichem Schiffe unverletzlich wurde (vgl. o. Kap. II § 3, III § 2), so ist seitdem die Ausübung des Untersuchungsrechts durch Dezimierung seiner Vollstrecker und engere Begrenzung seiner Zwecke erheblich eingeschränkt.

Ausserdem haben Kontroversen über den Kontrebandebegriff und den Blockadebegriff Anlass zu Streitigkeiten über das Untersuchungsrecht gegeben, die aber nicht den Begriff des Rechts berührten, sondern sich allein auf den Umfang seiner Ausübung bezogen und noch bei dessen Darstellung im Einzelnen zu behandeln sind (vgl. III. Abschn.).

Das Gleiche gilt von den Verträgen, welche die Postdampfer von dem Visitationsrecht eximieren. Diese sind, durch einige Abkommen prinzipiell von der Verantwortlichkeit für innerhalb des Postgebietes beförderte Kontrebande befreit; und mit dem Zweck, der Aufbringung, musste auch das Mittel, die Visitation, ihnen gegenüber entfallen. Den Anfang machte ein Vertrag zwischen England und Frank-

reich vom 3. IV. 1843,[1] der die zwischen Ostende und Dover verkehrenden Postdampfer beider Staaten den Kriegsschiffen gleichsetzte und dadurch von der Visitation befreite; diesem Vertrage folgten weitere Verträge Englands mit Belgien am 19. X. 1844 und am 17. II. 1876 — letzterer für die Strecke Dover-Ostende, mit Dänemark am 26. VI. 1846, auch ein Vertrag zwischen Frankreich und Italien vom 3. III. 1869.[2]

Die gleiche Exemption gewährt auch das Postgesetz Portugals[3] ausländischen Postschiffen, es sei denn, dass besondere Verdachtsgründe vorliegen.

Durch universelle internationale Regelung hat das Visitationsrecht eine Ausdehnung bezüglich der ihm unterworfenen Schiffe am Ende des 19. Jahrhunderts dadurch erfahren, dass auf der Haager Konferenz (1899) das Abkommen „betreffend die Anwendung der Grundsätze der Genfer Konvention auf den Seekrieg" vom 29. 7. die s. Z. nicht ratifizierten Zusatzartikel vom 20. 10. 1868 zu jener aufnahm und mit einer Ausdehnung zum positiven Völkerrecht erhob (vgl. u. Kap. XXIV, § 3).

Eine allgemeine internationale Regelung des Untersuchungsrechts als Bestandteil einer Regelung des internationalen Prisenrechts ist schon lange als Bedürfnis empfunden worden und seit seiner Begründung hat das Institut de Droit International sich mit einer solchen beschäftigt. Aus seinen Debatten (von 1875—1887) ging das: Règlement international des prises maritimes vom 8. 9. 1887[4] hervor, in dem notwendigerweise eine Regelung des gesamten Untersuchungsrechts enthalten ist: De l'arrêt §§ 10—13,

1. N. R. G. V. p. 181.
2. Vgl. Perels I. p. 122.
3. Vgl. v. Mirbach p. 71.
4. Annuaire, T. IX 1887, 88.

de la visite §§ 14—18, de la recherche §§ 19—22 (l. c. p. 220—222).

Da aber die Regierungen noch über verschiedene Punkte nicht übereinstimmen, besonders eine Einigung mit England über die Convoifrage bisher immer noch aussichtslos erschien, so ist das Prisenreglement des Instituts noch nicht durch Kollektivabkommen adoptiert, noch nicht Satzung des Völkerrechts geworden, sondern zur Zeit noch ein „testimonium peritorum".

Allgemeiner und gleichmässiger durch mehrere Kollektivverträge über verschiedene Materien, ist heute das konventionelle Untersuchungsrecht des Friedens geregelt, das noch kein Jahrhundert alt ist und zuerst wie eine juristische Unmöglichkeit behandelt wurde.

ZWEITER UMKREIS.

Entwickelung im Völkerrecht des Friedens.

IV. Periode.

Als zuerst von England der Versuch gemacht wurde, das Untersuchungsrecht, das seinem ursprünglichen Zwecke gemäss recht eigentlich ein Recht der Kriegführenden war, durch Vertrag auf den Frieden zu übertragen, stiess dieses Beginnen auf allseitigen heftigen Widerstand, und trotz der edlen, auf das Wohl leidender Menschheit abzielenden Bestrebungen, auf die England seine Wünsche stützte, wiesen zuerst nicht nur alle Juristen dieses Verlangen als nicht zu rechtfertigen, als im Widerspruch mit den Leitsätzen von der gegenseitigen Unabhängigkeit der Völker und der Freiheit des Meeres zurück, sondern auch alle Regierungen sträubten sich lange dagegen, sich auf derartige Verträge mit England einzulassen, das in Ausübung des Untersuchungsrechts im Kriege sich so oft schon Uebergriffe erlaubt und dem Seehandel der anderen Mächte rechtswidrig Abbruch getan hatte. Man bekämpfte daher dieses konventionelle Untersuchungsrecht, in dem man eine neue Handhabe Englands zur Ausübung der Seepolizei erblickte.

„Im Laufe der Zeit trat aber die gegnerische Bewegung immer mehr in den Hintergrund, und das Prinzip der konventionellen Durchsuchungsbefugnis liess die Bedenken gegen die Verletzung der absoluten Meeresfreiheit und demnach auch die prinzipiellen Bedenken gegen das Durchsuchungsrecht in Friedenszeiten schwinden.“[5]

---

5. Holtzendorff Hdb. Bd. II p. 502.

Kapitel XIV.

Einführung des Untersuchungsrechts zur Unterdrückung des Sklavenhandels im 19. Jahrhundert.

Nachdem noch im Laufe des 18. Jahrhunderts England selbst einen schwungvollen Sklavenhandel getrieben und, um den spanischen Kolonien die ihnen nötigen Arbeitskräfte nach Belieben schmälern zu können, sich durch den sog. Assiento-Vertrag den ausschliesslichen Import von Sklaven in spanisches Gebiet von Spanien ausbedungen hatte, machte sich um die Jahrhundertwende eine philantropische Bewegung zu Gunsten der Neger geltend; man nahm in England endlich Stellung gegen den Sklavenhandel, und 1807 verbot ihn ein englisches Gesetz.

Uebrigens kann England nicht den Ruhm in Anspruch nehmen, als erster Staat ein solches Gesetz erlassen zu haben; F. I. Grund[1] zufolge bestanden in den Vereinigten Staaten schon seit 1794, 1800, 1803 Gesetze gegen den Sklavenhandel. In einem amerikanischen Gesetz vom 3. 3. 1819 wurde der Sklavenhandel dem Seeraub gleichgestellt, auf welchen für jeden Beteiligten Todesstrafe stand.

Jedenfalls warf sich England nun zum völkerrechtlichen Beschützer der Negersklaven auf und veranlasste zuerst, dass der Wiener Kongress den Sklavenhandel als gegen die Menschenrechte verstossend und als Verletzung des europäischen Völkerrechts bezeichnete.

---

1. Grund, l. c. p. 13.

Im Anschluss daran wies der II. Pariser Frieden am 20. 10. 1815 die einzelnen Regierungen an, Massnahmen zur Unterdrückung des Negerhandels zu ergreifen, überliess ihnen aber auch die Wahl der Mittel und führte nicht zu einem völkerrechtlichen Abkommen — wie es England schon im I. Pariser Vertrag hatte durch Wellington durchsetzen wollen[2] — unter Benutzung des von England erstrebten Untersuchungsrechts. Ebensowenig gelang ein solches auf den Kongressen zu Aachen 1818 und zu Verona 1822.

Inzwischen versuchte England, die Visitation zu dem angegebenen Zweck bei den einzelnen Staaten durchzusetzen. Die gemeinschaftlichen Verhandlungen mit Frankreich und Portugal 1815 aber zerschlugen sich am Widerstand der beiden Regierungen, welche auf Lord Castlereagh's — des englischen Vertreters — Vorschlag „to exercise such a police, as every government exercises by virtue of its own sovereignty or of special treaties with other powers" erklärten, „qu'ils n'admettaient en fait de police maritime que celle que chaque puissance exerce sur ses propres bâtiments."[3]

Auch 1816 ging Portugal nur auf ein örtlich beschränktes reziprokes Visitationsrecht, nämlich nördlich des Aequators ein, und erst im September 1817 gelang es England, mit Spanien einen Vertrag abzuschliessen, welcher ein allgemeines reziprokes Untersuchungsrecht einräumte.

Man wusste in England den Inhalt und Wert dieser Errungenschaft wohl zu schätzen, und im Parlament begrüsste man „the introduction of the right of search in time of peace" als „a precedent of utmost importance."

So folgte denn auch schon im Mai 1818 ein Vertrag mit den Niederlanden, den andere 1822, 1823, 1837 ablösten. Auch mit den Vereinigten Staaten, die einen ausgedehnten Seehandel trieben, und an denen daher England

2. Vgl. Lawrence: „Visitation and Search" p. 16.

3. Vgl. Lawrence l. c.

besonders viel lag, wurden Verhandlungen angebahnt, aber der Staatssekretär J. Qu. Adams erklärte in einem Brief vom 2. 11. 1818: „an admission of the right of search under any circumstance — would meet with the utmost repugnance."[4] Als aber England mit der 1819 gegebenen Zusicherung der Vereinigten Staaten, sie würden ihren afrikanischen Kreuzern Befehl geben, mit den englischen Kreuzern an den afrikanischen Küsten gemeinsam das Untersuchungsrecht auszuüben, sich nicht zufrieden gab, machte schliesslich die amerikanische Regierung folgende Vorschläge: Der Sklavenhandel sollte auch in England durch Gesetz der Seeräuberei gleichgestellt werden, wie es schon in Amerika (vgl. o. Anm. 1) geschehen war; als der Seeräuberei verdächtig sollten dann — also ohne einen neuen Untersuchungsgrund zu schaffen —, die des Sklavenhandels verdächtigen Schiffe angehalten werden dürfen, die Schiffer der aufgebrachten Fahrzeuge aber sollten vor einen Gerichtshof ihres Staates gestellt werden. Durch die letzte Bestimmung beabsichtigte man, der Möglichkeit der rechtswidrigen Bestätigung einer Prise durch ein Tribunal des Staates, dem der Visitierende angehörte, vorzubeugen. England vereinbarte auf Grund dieser Vorschläge mit der amerikanischen Regierung am 13. 4. 1824 ein reziprokes Untersuchungsrecht an der Küste von Afrika, Nord-Amerika und Westindien.

Der Senat aber verweigerte die Ratifikation, es sei denn, dass die amerikanische Küste von der Stipulation ausgenommen werde. Der Sklavenhandel habe, seit 1794 verboten, dort längst aufgehört, höchstens käme der Golf von Mexiko in Betracht. Man fürchtete mit Recht — trotz der Bestimmung, dass jede aus widerrechtlicher Untersuchung hervorgehende Schädigung ersetzt werden solle —, eine Belästigung des amerikanischen Küstenhandels. England be-

4. Vgl. Lawrence l. c. p. 25.

stand jedoch auf dem stipulierten Gebiet und befestigte dadurch die Vermutung, dass ihm an einer Ausübung der Untersuchung in amerikanischen Gewässern mehr läge, als an der Unterdrückung des Sklavenhandels; darauf schrieb Präsident Clay ab, und die Konvention von 1824 ist nicht ratifiziert worden.

Allmählich gelang England schrittweise, durch partikuläre Verträge, was es auf einen Schlag — durch Kollektivabkommen 1815, 1818, 1822 — nicht hatte erreichen können. Ein Staat nach dem andern ging mit ihm Verträge „betreffend die Unterdrückung des Sklavenhandels" ein. Noch 1824 folgte Schweden, 1826 Brasilien. Endlich verstand sich auch Frankreich dazu, neben England damals die grösste Seemacht, die sich in vielen Verhandlungen ablehnend gezeigt hatte. In den Verträgen von 1831 und 1835 wurde ein wechselseitiges Durchsuchungsrecht, nicht nur droit d'enquête du pavillon stipuliert, freilich beschränkt auf eine geringe Anzahl von Kreuzern und mit der Massgabe, dass für die Entscheidung über die Prise das nationale Tribunal des Visitierten zuständig sei. Diesen Verträgen traten 1834 Dänemark und Sardinien, 1837 die Hansestädte und Toskana, 1838 Neapel und 1839 Haiti bei.[5] Doch da nun England den meisten in Betracht kommenden Staaten gegenüber das Visitationsrecht besass, wollte es sich überhaupt keine Beschränkungen mehr auferlegen, sondern visitierte auch Schiffe unter der Flagge von Staaten, die ihm ein Untersuchungsrecht nicht eingeräumt hatten, so besonders amerikanische Fahrzeuge.

Zur Motivierung diente den Engländern gegenüber den Protesten der Vereinigten Staaten vor allem ein englisches Gesetz von 1839, das in der Fassung, in der es aus dem House of Lords hervorging, freilich nur Schiffe unter dem Verdacht der Seeräuberei zu treffen schien, jedenfalls solche,

5. Vgl. Lawrence l. c. S. 31 ff.

die „kein Anrecht auf den Schutz irgend einer Flagge" hatten. Der Text aber[6] verschleierte nur die in der ursprünglichen Fassung des House of Commons deutlicher hervortretende Absicht, alle Sklavenschiffe auf ihre Nationalität zu prüfen. — Ein solches nationales Gesetz aber durfte nicht gegen die Angehörigen anderer Staaten ausgeübt werden und wurde von Wellington selbst gerechterweise als „a breach of the law of nations, a violation of international treaties" bezeichnet.

Die Engländer erklärten, sie visitierten die Schiffe nicht als amerikanische Schiffe, sondern als britische oder als solche von Vertragsstaaten, die sich unter den amerikanischen Farben verbergen, oder als Seeräuber.

Bezeichnend ist, dass England, und zwar durch den Mund Palmerston's, der aufs entschiedenste für ein solches Visitationsrecht Englands eintrat, sich das gleiche Vorgehen von Haïti in einer Note verbat, die sich auf alle die Gründe stützte, die England selbst trotz allen Vorstellungen von anderer Seite noch lange Zeit gegen sich nicht gelten liess.[7]

6. Vgl. Lawrence l. c.: „— to detain for . . . examining the papers, to seize and capture . . . vessels engaged in the Slavetrade not justly entitled to claim the protection of any flag."

7. Vgl. Wheaton l. c. S. 134. „Her Majesty's Government wishes to draw the attention of the Haytian Government to a matter of a form in this law, which may possibly give rise to embarassments. The law enacts that all vessels whether Haytian or foreign which may be found in the act of slave-trading shall be seized and brought into a Haytian port. Now Hayti has no doubt a full right to make such an enactment about her own citizens and ships, but her Majesty's Government apprehends that Hayti has no right to legislate for the ships and the subjects or citizens of other states. That in time of peace, no ships belonging to one state have a right to search and detain ships sailing under the flag of and belonging to another state without the permission in generally signified by treaty,

Infolge des auf den Parlamentsakt von 1839 gestützten Vorgehens Englands standen tatsächlich die Staaten, die sich des Untersuchungsrechts erwehrt hatten, England gegenüber schlechter, als die Vertragsstaaten; denn diesen gegenüber musste England bei der Visitation konventionell aufgestellte Schranken respektieren, jenen gegenüber verfuhr es, ohne überhaupt ein Recht zu haben, vollkommen willkürlich. Vor allem kamen die Staatsangehörigen von Vertragsstaaten als Prise vor ihr eigenes, die der anderen vor ein britisches Prisentribunal.

Während noch die Streitigkeiten zwischen den Vereinigten Staaten und England schwebten, vereinigte dieses sich mit Preussen,[8] Oesterreich, Frankreich und Russland am 20. 12. 1841 zu dem sog. Quintupelvertrage[9] „wegen Unterdrückung des Handels mit afrikanischen Negern."

Sein 1. Artikel untersagt den Staatsangehörigen aller Vertragsstaaten den Sklavenhandel, setzt diesen der Seeräuberei gleich und spricht denen, die ihn betreiben, den Schutz ihrer Flagge ab.

Art. 2 befugt die speziell zu beauftragenden Kriegsschiffe der Parteien zur Durchsuchung der des Sklavenhandels auf der betreffenden Reise oder der Ausrüstung zu solchem ernstlich verdächtigen Handelsschiffe der Parteien.[10]

---

and if Haytian cruisers were to stop, search and detain merchant-vessels, sailing under the flag of and belonging to another country, even though such vessels were engaged in the slavetrade, the state, to which such vessels belonged would have just ground for demanding satisfaction and reparation from Hayti unless such state had previously given to Hayti by treaty the right of search and detention".

8. An Preussens Stelle trat am 29/3. 1879 das Deutsche Reich.

9. N. R. G. II p. 392, Instruktionen dazu l. c. p. 508.

10. Verdachtsgründe die eine Präsumption des Sklavenhandels schaffen, sind nach Art. 9:

1. Vergitterte Lukenklappen und nicht solche in ganzen Planken, wie die Kauffahrteischiffe gewöhnlich führen.

Die Ausübungsbefugnis ist im Prinzip beschränkt auf Schiffsbefehlshaber im Range eines Kapitäns oder Leutnants der Marine, bezüglich des Anwendungsgebiets sind

---

2. Eine grössere Anzahl von Abteilungen in dem Zwischendecke oder auf dem Oberloff, als es den Bedürfnissen der in einem erlaubten Verkehre begriffenen Schiffe entspricht.

3. Reserveplanken, welche zugerichtet sind, um daraus ein zweites Deck oder sog. Sklavendeck zu machen.

4. Halseisen, Fuss- und Handschellen.

5. Ein grösserer Wasservorrat in Fässern oder Behältern, als er den Bedürfnissen des entsprechenden Kauffarteischiffes entspricht.

6. Ungewöhnliche Anzahl von Wasserfässern oder anderer zur Bewahrung von Flüssigkeiten bestimmten Gefässen, falls nicht der Kapitän ein Certifikat der Zollbehörde des Abfahrtortes vorlegt, wodurch bescheinigt wird, dass die Rheder des gedachten Schiffes sich ausgewiesen haben, dass diese ungewöhnliche Anzahl von Fässern und Gefässen nur mit Palmöl gefüllt werden oder zu einem anderen erlaubten Handelszweck dienen sollen.

7. Eine grössere Auzahl hölzerner Essnäpfe oder Kannen, als es den Bedürfnissen des betreffenden Kauffahrteischiffes entspricht.

8. Ein kupferner Kessel oder ein anderes Gerät von ungewöhnlichem Umfange zur Bereitung der Mundvorräte, und zwar grösser oder bestimmt, grösser gemacht zu werden, als es den Bedürfnissen der Mannschaft des Kauffahrteischiffes entspricht, oder mehr als ein kupferner Kessel oder anderes Küchengerät von ungewöhnlichem Masse.

9. Eine ungewöhnliche Quantität von Reis und Zucker, von brasilianischem Maniokmehle oder Cassada, gewöhnlich „Farina" genannt, oder von Mais oder indischem Korne oder von anderen Mundvorräten irgend einer Art über das mutmassliche Bedürfnis der Schiffsmannschaft hinaus; es sei denn, dass diese Quantität von Reis, Farina, Mais, indischem Korne oder irgend einem anderen Mundvorrate als ein Teil der zum Handel bestimmten Ladung des Schiffes in dem Manifest aufgeführt ist.

10. Eine beträchtlichere Quantität von Matten im Stücke oder einzeln, als es den Bedürfnissen des betreffenden Kauffahrteischiffes entspricht, wenn diese Matten nicht als ein Teil der Ladung im Manifeste aufgeführt sind.

unter Ausschluss des Mittelländischen Meeres folgende Grenzen bestimmt: Im Norden der 32^0 ndl. Breite; im Westen die Ostküste Amerikas, vom Berührungspunkte des 32^0 ndl. Breite mit dieser Küste bis zum 45^0 sdl. Breite; im Süden der 45^0 sdl. Breite von seinem Berührungspunkte mit der Ostküste Amerikas bis zum 80^0 östl. Länge von Greenwich; im Osten der 80^0 östl. Länge vom Schnittpunkt mit dem 45^0 sdl. Breite bis zur Küste von Ostindien.

Die Parteien sollen einander (Art. III) die Anzahl und die Namen ihrer beauftragten Schiffe notifizieren; der visitierende Offizier soll (Instruktion Art. I) seine Spezialvollmacht vorlegen und schriftlich seine alleinige Absicht, das Schiff auf Grund des betr. Vertrages zu visitieren, erklären.

Beschlagnahmte Schiffe sollen (Art. VI) von dem Kommandeur des Kreuzers, event. von einem Offizier, der mindestens die dritte Stelle im Range einnimmt, an einen von den Parteien bestimmten Hafenort gebracht und dort den eigens bestellten Behörden übergeben werden.

Einem convoyierten Schiffe gegenüber (Art. VII) soll der Kommandeur des Kreuzers den Convoikommandeur von seinem Verdacht in Kenntnis setzen, dieser soll allein die Untersuchung vornehmen und nach event. Beschlagnahme das Schiff in einen Hafen der Nation, der es angehört, bringen.[11]

Der Quintupelvertrag gewährte also, wie die Verträge von 1831, 1835 ein weitgehendes Durchsuchungsrecht. In

11. Von den Einzelverträgen, die England um etwa dieselbe Zeit zu gleichem Zwecke geschlossen hat, und die in fast allen Punkten dem Quintupelvertrag gleichen, entspricht ihm gerade bezüglich dieser Convoiregelung nur der Vertrag mit Texas von 1840 (N. R. G. IV p. 506); der Vertrag mit Mexico von 1841 (N. R. G. IV p. 561) und der mit Portugal (N. R. G. III p. 245) schreibt gemeinschaftliche Untersuchung, die mit Uruguay, Chile 1839, Bolivia 1840 schreiben Visitation durch den Kreuzeroffizier nach Benachrichtigung des Convoi-Kommandanten vor.

Frankreich wurde gegen dieses Abkommen, namentlich, wie F. I. Grund behauptet, unter amerikanischem Einfluss, Stimmung gemacht, und nach Ablauf der ihr zur Ratifikation gesetzten Jahresfrist erklärte die französische Regierung, dem Volkswillen folgend, dass sie den Vertrag nicht ratifizieren könne. Aber nach einigen Jahren setzte die englische Regierung doch einen Vertrag mit Frankreich durch, der am 29. 5. 1845 geschlossen, zwar nicht, wie die durch ihn derogierten von 1831 und 1835 es getan hatten, und der Quintupelvertrag es hätte tun sollen, ein Durchsuchungsrecht, aber wenigstens eine enquête du pavillon französischer Schiffe an der Küste Afrikas gestattete. Der Art. VIII des Vertrages erklärt, dass die gehisste Flagge nicht immer die Nationalität beweise, und dass es daher nicht für alle Fälle zu untersagen sei, eine Prüfung der Nationalität vorzunehmen.[12]

Der Artikel lässt offen, wann der Verdacht des Flaggenmissbrauchs als genügend ernst zu einer Prüfung der Nationalität angesehen werden solle. Die englischen Instruktionen zu dem Vertrage gaben ihren Kreuzern Weisung, französische Schiffe nicht anzuhalten: Gegenüber Schiffen, die den begründeten Verdacht des Missbrauchs der französischen Flagge erwecken, solle der Kreuzer, während er seinen Kurs auf sie richte, seine Visitationsabsicht zu erkennen geben und dann eine Schaluppe abschicken, um sich von der Nationalität zu überzeugen.

12. Art. VIII des Vertrages (N. R. G. VIII p. 287)..... considérant en même temps que si le pavillon porté par un navire est, prima facie, le signe de la nationalité de ce navire, cette présomption ne saurait être considérée comme suffisante pour interdire dans tous les cas de procéder à sa vérification, puisque, s'il en était autrement, tous les pavillons pourraient être exposés à des abus en servant à couvrir la piraterie, la traite des noirs ou tout autre commerce illicite; . . . . .

Nur bei der Unausführbarkeit dieser Prüfung solle das Schiff aufgehalten, im Falle äusserster Notwendigkeit nur Gewalt angewendet werden.

Sei aber die Anhaltung bewirkt, so solle sich die Visitation auf Prüfung der Nationalität beschränken, worauf, falls die Berechtigung zur Führung der französischen Flagge festgestellt werden sollte, der visitierende Offizier das Schiff sofort zu verlassen habe.[13]

So war mit Frankreich endlich eine Einigung erzielt, zum mindestens auf 10 Jahre. Verhandlungen zur Erneuerung sollten nach 5 Jahren aufgenommen werden, unterblieben aber.

Inzwischen hatten sich die englisch-amerikanischen Reibungen gerade dadurch, dass die Vereinigten Staaten der Konvention vom 20. 12. 1841 nicht beigetreten waren, noch verschärft. Denn dieses hatte zur Folge, dass die Schiffe, die Sklavenhandel treiben wollten, dies jetzt unter amerikanischer Flagge taten, weil sie dann keinem konventionellen Untersuchungsrecht unterworfen waren. England hielt nun, entsprechend der Bill von 1839, alle ihm verdächtigen Schiffe zwecks Untersuchung der Nationalität an. Amerika verwahrte sich, obgleich die englischen Instruktionen ihren Kreuzern die Weisung gaben, sich der Wegnahme amerikanischer Schiffe zu enthalten und sich bei der Prüfung der Nationalität auf die Durchsicht der Papiere zu beschränken, mit Recht sehr energisch gegen die unautorisierten Visitationen von Schiffen unter amerikanischer Flagge von Seiten Englands, da überdies die vorgeschriebenen Grenzen des Besuchs nicht eingehalten wurden.

Diese unberechtigte Ausübung der Visitation konnte

---

13. Instruction pour l' officier supérieur des bâtiments et vaisseaux de S. M. Britannique sur la côte occidentale l' Afrique, en conformité avec la convention signée à Londres, le 29 mai 1845 — (N. R. G. VIII p. 298 ff).

auch nicht geduldet werden, ohne jede Freiheit des Meeres aufzugeben, und eine Botschaft des Präsidenten Tyler vom 7. 12. 1841[14] tat die völkerrechtlich durchaus stichhaltigen Gründe für die Stellungnahme der amerikanischen Regierung dar: „However desirous the United States may be for the suppression of the slave-trade, they cannot consent to interpolations in the maritime code at the mere will and pleasure of other governments. We deny the right of any such interpolation to any one, or all the nations of the earth, without our consent. We claim to have a voice in all amendments or alterations of that code; and when we are given to understand, as in this instance, by a foreign government, that its treaties with other nations cannot be executed without the establishment and enforcement of new principles of maritime police, to be employed without our consent, we must employ a language neither of equivocal import nor susceptible of misconstruction. American Citizens prosecuting a lawful commerce, in the African seas, under the flag of their country, are not responsible for the abuse or unlawful use of that flag by others; nor can they rightfully, on account of any such alleged abuses, be interrupted or detained on the ocean; and if thus molested or detained whilst pursuing honest voyages, in the usual way, and violationg no law themselves, they are unquestionably entitled to indemnity."

Die Absendung des Lord Ashburton als Unterhändler verhinderte den drohenden Krieg zwischen beiden Mächten. Am 9. 8. 1842 brachte der Spezialgesandte mit der amerikanischen Regierung einen Vertrag, nach ihm Ashburton-Treaty genannt, zu stande, in dessen Art. 8 die von England behauptete Notwendigkeit, auch amerikanische Schiffe zu visitieren, dadurch gehoben wurde, dass beide Parteien sich verpflichteten, an der Küste Afrikas je ein genügendes Ge-

14. Vgl. Wheaton l. c. p. 107.

schwader zur Unterdrückung des Sklavenhandels zu unterhalten. Beide Geschwader sollten unabhängig von einander, aber doch möglichst im Einverständnis mit einander, vorgehen, und keines von beiden Schiffe unter der Flagge des anderen Vertragsstaates zur Durchsuchung anhalten (N.R.G. III, p. 456).

Dennoch erklärte der Premierminister Sir Robert Peel bei der Parlamentseröffnung 1843: „in acting upon that treaty we have not abandoned our claim to the right of visitation,"[15] und allerdings war im Ashburton-Vertrage generell die Kontroverse nicht beseitigt, die Rechtsfrage nicht entschieden worden.

So war es möglich, dass der Streit sich 1858 noch einmal erhob, da abermals die Engländer, zwar nicht in dem vom Vertrage von 1842, den man nach 5 Jahren stillschweigend verlängert hatte, geregelten Gebiet, aber im Golf von Mexiko ihren „claim to the right of visitation" wieder praktisch durch Durchsuchung mehrerer amerikanischer Schiffe geltend machten.

Diesmal endlich hielt es gegenüber den Protesten der Vereinigten Staaten die englische Regierung für ihre Pflicht, die Frage in ihren völkerrechtlichen Beziehungen eingehend zu prüfen, den Rat der Rechtsbeamten der Krone einzuholen, „whose decided opinion it was", wie Mr. Bright am 18. 6. 1858 im House of Commons erklären musste, „that by international law we have no right of search, no right of visitation whatever in time of peace."

Denen gegenüber, die in dieser Erklärung die Aufgabe eines wertvollen Rechtes sahen und sie angriffen, erklärte im House of Lords am 26. 7. 1858 Lord Lyndhurst,[16] man habe kein Recht aufgegeben, da man in Wirklichkeit keines gehabt habe, und belegte den von der Regierung eingenommenen Standpunkt mit Ausführungen Wheatons und Lord Stowells.

15. Vgl. Lawrence l. c.
16. Vgl. Lawrence l. c. p. 111.

Der amerikanischen Regierung schrieb die englische „that England has utterly abandoned the assumed right and thus closed the controversy."

Ein Recht auf Feststellung der Nationalität aber wollte England sich gern vorbehalten, und auf seine Anfrage an Frankreich: „The French government laid down this law,[17] that in time of peace no French ship should be detained or searched or boarded, but that certain forms should be gone through without detaining the vessel, which, to a certain degree might enable the nationality of a ship to be ascertained and her right to the flag she carried." Dies entsprach dem Vertrage vom 29. 5. 1845.

Von den Vereinigten Staaten wurde jedoch ein auf internationale Regelung in diesem Sinne abzielendes Projekt, das die französische Regierung, durch die englische inspiriert, am 26. 12. 1858 vorlegte, zurückgewiesen.

Endlich nach einem konsequenten Widerstande von über vier Jahrzehnten verstand sich Amerika 1862 dazu, England ein reziprokes Durchsuchungsrecht gegenüber des Sklavenhandels verdächtigen Schiffen zu gewähren. Am 7. 4. 1862 gelangte dieser Vertrag zum Abschluss,[18] der, ähnlich dem Quintupelvertrage, speziell bevollmächtigten Kreuzern beider Mächte die Befugnis gab, ernstlich verdächtige Schiffe anzuhalten, zu durchsuchen und sie bei Bestätigung des Verdachts, zur Aburteilung vor eigens eingesetzten gemischten Tribunalen, aufzubringen. Bei Verdacht gegenüber einem convoyierten Schiffe habe der Kreuzeroffizier nach Mitteilung an den Convoi-Kommandanten das Schiff mit diesem gemeinsam zu visitieren. — Das Untersuchungsrecht darf nicht in den Territorialgewässern des einen Teils durch den andern ausgeübt werden.

---

17. Earl of Malmesbury im House of Commons (vgl. Lawrence l. c. p. 108).

18. N. R. G. XVII, 2, p. 259.

Diese völlige Aufgabe eines zähe festgehaltenen Prinzips von Seiten der Union hatte ernste, in den Zeitverhältnissen begründete Ursachen.[19] Die nordamerikanische Regierung hatte seit 1861 mit den Südstaaten schwer zu kämpfen und hoffte, durch diese so lange verlangte Konzession an England sich die englische Regierung zu gewinnen. Ausserdem hatte gerade in den letzten Jahren der Sklavenhandel in den Nordstaaten Amerikas einen plötzlichen Aufschwung genommen, der von New-York selbst ausging; am 21. Febr. 1862 war in New-York der Kapitän eines Sklavenschiffes „Erie", Nathanael Gordon, hingerichtet worden.[20] Eine allgemeine Entrüstung gegen den Sklavenhandel machte also die Stimmung den Wünschen Englands um so geneigter.

Der Vertrag von 1862 wurde auf 10 Jahre geschlossen; 1869 ersuchte die amerikanische Regierung die englische, in die Auflösung der gemischten Gerichtshöfe zu willigen, und 1870 wurde durch einen Zusatzvertrag nationale Gerichtsbarkeit des Visitierten für das Prisenverfahren zuständig.

Noch einige Einzelverträge Englands zum gleichen Zwecke folgten jenem mit Amerika, und endlich tat, nachdem die Congoakte von 1885 in Art. IX das Congogebiet dem Sklavenhandel verschlossen und noch einmal allen Mächten Massregeln gegen denselben zur Pflicht gemacht hatte, die Brüsseler General-Akte vom 2. 7. 1890[21] den letz-

---

19. Vgl. Schuyler: American diplomacy p. 263/4.

20. Nach Schuyler die einzige Vollziehung der Todesstrafe wegen Sklavenhandel in den Vereinigten Staaten.

21. Unterzeichnet wurde die Antisklavereiakte von Deutschland, Oesterreich-Ungarn, Belgien, Dänemark, Spanien, Congostaat, den Vereinigten Staaten Amerikas, Frankreich, Grossbritannien, Italien, den Niederlanden, Luxemburg, Persien, Portugal, Russland, Schweden und Norwegen, der Türkei, Zanzibar (R.-G.-Bl. No. 29, 1892 p. 605), später von Liberia und dem Oranjefreistaat (vgl. v. Mirbach, p. 21).

Von späteren Einzelverträgen, die die Generalakte ergänzten, ist zu erwähnen der zwischen England und Egypten vom 21. 9. 1895 (N. R. G. II Ser. Bd. XXIII p. 166).

ten Schritt, brachte eine die Gemeinschaft der Kulturstaaten umfassende internationale Regelung dieser Massnahmen, vor allem also des Visitationsrechts.

Die Grenze der Vertragszone setzt der Art. 21 der Generalakte, da die Westküste Afrikas, von der kein Sklavenhandel (nach Amerika) mehr betrieben wurde, nicht mehr in Betracht kam, folgendermassen fest:[22] „Diese Zone wird begrenzt auf der einen Seite von den Küsten des indischen Ozeans (einschliesslich derjenigen des Persischen Meerbusens und des Roten Meeres), von Belutschistan bis zum Kap von Tangalane (Quilimane), und andererseits von einer konventionellen Linie, welche zunächst dem Meridian von Tangane bis zu dessen Schnittpunkt mit dem 26° südl. Breite folgt, sich hierauf mit diesem Parallelkreis vereinigt und dann östlich um die Insel Madagaskar führt, 20 Meilen von deren Ost- und Nordküste entfernt, bis sie den Meridian des Kaps Amber erreicht. Von diesem Punkt aus wird die Grenze der Zone durch eine in schräger Richtung nach der Küste von Belutschistan zurückführenden Linie bestimmt, welche in einer Entfernung von 20 Meilen vom Kap Ras-el-Had vorbeiführt."

Art. 23 beschränkt das Durchsuchungsrecht auf Schiffe von weniger als 500 Tonnen; von diesen aber sollte jedes verdächtige angehalten werden, hauptsächlich, um etwaigen Flaggenmissbrauch zu verhindern. Für die „einheimischen Schiffe" geben besondere Artikel genaue Vorschriften. Nach Art. 31 ist ein Schiff dann ein einheimisches, wenn es eine einheimische Bauart und Takelung zeigt, und wenn von der Besatzung Kapitän und die Mehrzahl der Matrosen Eingeborene der vom indischen Ozean, von dem Roten Meer, oder vom Persischen Meerbusen bespülten Länder sind. Nur unter Bedingungen wird solchen Schiffen die Führung der Flaggen einer der Vertragsstaaten gestattet.

22. R. G. Bl. Nr. 29, 1892 p. 625

Wenn Verdacht vorhanden ist, dass ein Schiff von weniger als 500 Tonnen Gehalt sich mit dem Sklavenhandel beschäftigt oder sich einer missbräuchlichen Führung einer Flagge schuldig macht, so können nach Art. 42 die kommandierenden Offiziere von Kriegsschiffen einer der Signatarmächte eine Prüfung der Schiffspapiere vornehmen. Jedoch soll das von einem Schiffsoffizier befehligte Visitationskommando an Bord des verdächtigen Schiffes mit möglichster Rücksicht und Schonung vorgehen (Art. 43).

Folgende Dokumente sind zu prüfen:

1. Die Urkunde über die Berechtigung zur Führung der Flagge,

2. die Musterrolle,

3. das Verzeichnis der schwarzen Passagiere.

Diese drei Urkunden müssen bei den einheimischen Schiffen vorhanden sein.

Bei den übrigen Schiffen sind die durch die Einzelverträge und noch zu treffenden Vereinbarungen der Parteien bestimmten Dokumente zu prüfen.

Eine Prüfung der Schiffsladung oder die Durchsuchung darf nach Art. 45 nur in den Fällen vorgenommen werden, wo es besondere Verträge gestatten.

Art. 46 bestimmt: Vor dem Verlassen des angehaltenen Schiffes soll der Offizier ein Protokoll aufnehmen, das mit Datum und Unterschrift zu versehen ist.

Die Brüsseler Antisklaverei-Akte und die später sie ergänzenden Verträge (vgl. o. Anm. 21) regeln nun definitiv die Visitation von des Sklavenhandels verdächtigen Schiffen.

Ursprünglich von England eingeführt, konnte die konventionelle Visitation zu diesem Zwecke, wie im Einzelnen dargetan wurde, sich ursprünglich nicht durchsetzen, und zwar gerade infolge der Uebergriffe, die England selbst sich zu Schulden kommen liess. Die Entwicklung aber lehrte,

dass eine möglichst allgemeine genaue Regelung durch Verträge solchen Uebergriffen gerade am besten vorbeugte, und so ist durch die lange Reihe der Visitationsverträge zur Unterdrückung des Sklavenhandels das konventionelle Untersuchungsrecht zu Zwecken internationaler Kontrolle überhaupt in Aufnahme gekommen.

V. Periode.

Kapitel XV.

Der Schutz der Hochseefischerei in der Nordsee.

(Konvention im Haag, 6. Mai 1882.)

In Küstengewässern steht, da sie Staatsterritorium sind, das Recht der Fischerei ausschliesslich dem Küstenstaate zu. Im offenen Meer aber kann von keinem Staate die Fischerei ausschliesslich oder auch nur in bevorzugter Weise in Anspruch genommen werden. Denn wie ihr Gebrauch als friedliche Verkehrsstrasse, als Gefechtsschauplatz, so sind auch die Früchte — im weitesten Sinne — dieser res omnium communis Allen gemeinsam. Wenn daher Staaten, wie z. B. Dänemark, ihr ausschliessliches Fischereirecht über die Küstengewässer hinaus ausdehnen wollten, so ist dies als Beeinträchtigung der Meeresfreiheit stets gebührend zurückgewiesen worden.

Aber eben bei der völligen Freiheit der Fischerei ergeben sich auf fischreichen Teilen des offenen Meeres infolge der internationalen Konkurrenz häufig Reibungen. So bot die internationale Hochseefischerei in der Nordsee fortwährend den Fischern aller Staaten Anlass zu Klagen über gegenseitige Störung in der Ausübung des Gewerbes, Zerstörung und Diebstahl von Netzen.

Die in Betracht kommenden Regierungen hielten eine Verständigung für nötig und eine Konferenz wurde im Haag gehalten, aus der als Resultat eine von Deutschland, Eng-

land, Belgien, Dänemark, Frankreich und den Niederlanden unterzeichnete Konvention vom 6. 5. 1882, „betreffend die polizeiliche Regelung der Fischerei in der Nordsee ausserhalb der Küstengewässer", hervorging.[1]

Die Zone des Vertrages ist vom 61° nördl. Breite im Norden, einer Linie von den Shetlandinseln bei Duncanbay im Westen, und den Bays von Southforchard und Griz-nez im Süden begrenzt; der Skagerak ist ausgeschlossen.

Die Erfüllung der Bestimmungen über Nationalität, Marke und Nummerierung der Fischerboote unterliegt der Ueberwachung durch Kreuzer der Nation der betreffenden Boote (Art. 27).

Alle Vorschriften des Vertrages bezüglich der Fischerei selbst aber sollen geschützt werden mittels einer Kontrollierung durch Kreuzer aller Konventions-Staaten, die auch alle mit der Fischerei im Zusammenhang stehenden Delikte festzustellen haben (Art. 28).[2]

Diese Kreuzer sind Schiffe der Kriegsmarine, bei Belgien andere Staatsschiffe (Art. 26).[2]

Bei Verdacht einer Verletzung der Vorschriften über die Fischerei hat der Kommandant des Kreuzers die Befugnis, die Papiere des verdächtigen Bootes zu prüfen. Nur zum

---

1. Vgl. Castel l. c. p. 167 ff., v. Mirbach l. c. p. 24 ff.

2. Martens et Cussy: Receuil Manuel, 2. Serie, III, p. 413 „Art. 26. La surveillance de la pêche sera exercé par des bâtiments de la marine militaire des Hautes Parties contractantes; en ce qui concerne la Belgique, ces bâtiments pourront être des navires de l'État commandés par des capitaines commissionés.

Art. 28. Les bâtiments croiseurs de toutes les Hautes parties contractantes sont compétents pour constater toutes les infractions aux regles préscrites par la présente convention, autres que celles indiquées dans l'article 27 et tous les délits se rapportant aux opérations de pêche, quelle que soit d'ailleurs la nation à laquelle appartiennent les pêcheurs qui commettent ces infractions.

Beweise eines Vergehens steht ihm auch das Durchsuchungsrecht zu (Art. 29).[3]

Erscheint die ermittelte rechtswidrige Handlung dem Offizier, der durch Verhör einen Tatbestand aufnimmt, schwer genug, so kann er das Boot in einen Hafen des Staates bringen, dem das Boot angehört, eventuell auch Leute von der Bootsmannschaft auf seinen Kreuzer nehmen, um sie ihrer Behörde auszuliefern.

Bemerkenswert in diesem Vertrage ist, dass hier auch Frankreich das Durchsuchungsrecht gewährte, während es sich bei den Antisklaverei-Verträgen so lange demselben widersetzte, und nur „enquête du pavillon" durch fremde Kreuzer zugelassen hatte.

---

3. Art. 29. Lorsque les commandants des bâtiments croiseurs ont lieu de croire, qu'une infraction aux mesures prévues par la présente convention a été commise, ils peuvent exiger du patron du bâteau auquel une contravention est ainsi imputée d'exhiber la pièce officielle justifiant de sa nationalité. Mention sommaire de cette exhibition est faite immédiatement sur la pièce produite.

Les commandants des bâtiments croiseurs ne peuvent pousser plus loin leur visite ou leur recherche à bord d'un bâteau pêcheur qui n'appartient pas à leur nationalité, à moins toutefois que cela ne soit nécessaire pour relever les preuves d'un délit ou d'une contravention relative à la police de la pêche (ebenda).

Kapitel XVI.

Die Unterdrückung des Branntweinhandels in der Nordsee.

(Konvention im Haag, 16. Nov. 1887.)

Die Konvention betr. die Hochseefischerei in der Nordsee gab den unmittelbaren Anlass zu einem anderen internationalen Abkommen, sodass es gerechtfertigt erscheint, dieses, das sich auch auf die gleiche Vertragszone wie jenes erstreckt, einer anderen in der Zwischenzeit abgeschlossenen Konvention, der Konvention zum Schutze der unterseeischen Telegraphenkabel von 1884, voranzuschicken.

Es handelt sich um den Kollektivvertrag der Signatarmächte der Nordseefischerei-Konvention: Deutschlands, Englands, Belgiens, Dänemarks, Frankreichs und der Niederlande, „zur Unterdrückung des Branntweinhandels in der Nordsee", vom 16. 11. 1887.[1]

Durch Untersuchungen der englischen Regierung über die Art des Fischereibetriebes wurde der Missbrauch aufgedeckt, der mit dem Spirituosenhandel in der Nordsee getrieben wurde. Die Fahrzeuge, die sich damit befassten, von englischer Seite „coopers" oder „bumboats" genannt, waren tatsächlich „schwimmende Schenken".

Eine Konferenz der genannten Mächte trat auf Betreiben der englischen Regierung im Haag zusammen zu einer Beratung über die geeigneten Mittel, dem Unwesen zu steuern. Die beteiligten Staaten verpflichteten sich zu einem

---

1. Vgl. Castel l. c. p. 177 ff.; v. Mirbach l. c. p. 26 ff; N. R. G. 2. Serie, XIV p. 510.

Verbot des Spirituosenhandels auf See durch nationale Gesetzgebung, und die Beachtung dieser Gesetze sollte in den Territorialmeeren von den Kreuzern des Küstenstaates, auf hoher See aber von denen aller Konventionsstaaten überwacht werden. Diese Ueberwachung übertrug der Vertrag den durch den Art. 26 der Fischerei-Konvention von 1882 eingesetzten Kreuzern.

Aber über die Mittel der Ueberwachung waren lange Verhandlungen nötig. England schlug das Durchsuchungsrecht vor, und ein solches wäre gerade hier durchaus berechtigt gewesen: „ . . . l'exercice de ce droit[2] était d'autant plus nécessaire que les investigations de ceux chargés de la surveillance devaient être poussées jusqu'au fond même de la cale.“

Da aber die deutschen Delegierten sowie die französischen Einspruch erhoben in der Befürchtung, dass nicht nur die bumboats, sondern alle in der Nordsee verkehrenden Handelsschiffe der Ausübung des Durchsuchungsrechts ausgesetzt sein würden, was eine schwere Belästigung des Handels, hauptsächlich aber eine unerträgliche Behinderung des Post- und Passagierverkehrs auf der Nordsee bedeutet hätte, so einigten sich die Vertreter schliesslich auf das Zugeständnis der Franzosen: droit d'enquête du pavillon im Verdachtsfalle durch Prüfung der Nationalitätspapiere und Befugnis zu einem Verhör des Schiffers, ausgeübt von einer beschränkten Anzahl von Kreuzern, deren Namen die beteiligten Regierungen einander mitteilen würden. In schweren Fällen sollte der Kommandeur des Kreuzers die betroffenen Fahrzeuge in einen Hafen ihres Staates führen dürfen. — Dies entspricht übrigens auch den Vorschriften der — älteren — Pariser Konvention von 1884 (vgl. Kap. XVII).

Die Aufgabe des Durchsuchungsrechts, welches allein

---

2. Castel l. c. p. 178.

eine regelmässige Feststellung der in diesem Falle leicht zu verbergenden Uebertretungen gewährleistet hätte, musste freilich der Wirksamkeit des Abkommens schwer Abbruch tun. Noch mehr aber geschah dies dadurch, dass die französische Regierung auf den lebhaften Einspruch der französischen Fischer hin, welche erklärten, sie hätten sich mit dem strafwürdigen Handel nie befasst, sich genötigt sah, den Vertrag nicht zu ratifizieren, während die Ratifikation durch die anderen Vertragsmächte am 11. 4. 1893 erfolgte.

Die Folge war, dass unter französischer Flagge der Handel der coopers ungehindert weiter blühen konnte.

Die Absage Frankreichs erfolgte aber, wie nochmals hervorgehoben sein soll, nicht wegen des Durchsuchungsrechts, welches die Konvention ja schon hatte fallen lassen, sondern wegen der Proteste der Fischerei treibenden französischen Staatsangehörigen.

Kapitel XVII.

Der Schutz der unterseeischen Telegraphen-Kabel.

(Konvention zu Paris, 14. März 1884.)

Nachdem schon im Jahre 1863 mehrere Staaten, unter ihnen Brasilien, Frankreich, Italien, Portugal, sich in einer Konvention zum Schutze der Telegraphenkabel in ihrem Land- und Seegebiet verpflichtet hatten, brachten im Jahre 1869 die Vereinigten Staaten einen internationalen Schutz der Telegraphenkabel *im offenen Meere* in Anregung, eine viel dringendere Notwendigkeit, da dort eine nationale Jurisdiction Beschädigungen dieses wichtigen internationalen Kommunikationsmittels nicht verfolgen kann.

Die Vereinigten Staaten wollten durch allgemeine Konvention die Kabel neutralisiert und Verletzungen derselben der Seeräuberei gleichgestellt sehen. Der deutsch-französische Krieg schnitt die Erledigung der Frage ab, der, in diesem Umfange wenigstens, England und Frankreich überdies wenig geneigt waren. Ein internationaler Telegraphistenkongress in Rom forderte 1871 allgemeine Massregeln, und 1879 fasste das „Institut de Droit International“ eine Resolution, welche Beschädigungen der Unterseekabel als völkerrechtliches Delikt bezeichnete und eine gleichmässige internationale Regelung für nötig erklärte. Das Institut schlug vor, auf Grund einer Konvention sollten alle der Kabelbeschädigung schuldig oder verdächtig Befundenen von den Staatsschiffen jeder Nation aufgegriffen und ihrer nationalen Gerichtsbarkeit überwiesen werden können. Im selben

Sinne sprach sich 1881 die Konferenz zur Reglementierung der Nordseefischerei (vgl. o. Kap. XV) aus. Noch 1882 lud Frankreich zu einer Konferenz ein, zu der sich die Vertreter von 26 Staaten am 16. 10. 1882 zusammenfanden.[1]

Auf Antrag Grossbritanniens aber wurden hier die Bestimmungen zum Schutze der Kabel, entgegen dem älteren amerikanischen Projekt, auf den Frieden beschränkt. Die gemeinsam zu treffenden Massregeln wurden 1883 noch einmal beraten, und die Verhandlungen führten zu der internationalen Konvention zum Schutze der unterseeischen Telegraphen-Kabel zu Paris vom 14. März 1884.[2]

Nach ihr sollen Zerstörung und Beschädigung der Kabel als völkerrechtliches Delikt behandelt und von der Gerichtsbarkeit des Staates, dem das schuldige Schiff angehört, bestraft werden. Zur Ueberwachung wurde von England — wie regelmässig — das Durchsuchungsrecht vorgeschlagen, dieser Vorschlag fand, wie gewöhnlich, Widerspruch und musste aufgegeben werden.

Der streitige Artikel (10) gab schliesslich den Kriegsschiffen, sowie (da Belgien keine Kriegsschiffe hat) anderen beauftragten Staatsschiffen die Befugnis, bei Verdacht die Nationalitätspapiere der Schiffe zu prüfen und (wie auch Art. 29 der Konvention von 1882) ein Verhör anzustellen.

1. Vgl. Castel l. c. p. 198 ff., von Mirbach l. c. p. 27.

2. Martens et Cussy: Recueil manuel, 2. Série, III p. 554. — Noch ein Artikel ist hinzugefügt, sowie eine Deklaration vom 1/12. 1885, bezw. 23/3. 1887. Unterzeichnet wurde der Vertrag von Deutschland, Argentinien, Oesterreich-Ungarn, Belgien, Brasilien, Costa Rica, Dänemark, St. Domingo, Spanien, den Vereinigten Staaten, Columbien, Frankreich, Grossbritanien, Guatemala, Griechenland, Italien, Türkei, den Niederlanden, Luxembourg, Persien, Portugal, Rumänien, Russland, Salvador, Serbien, Schweden und Norwegen, Uruguay.

Columbien und Persien haben den Vertrag nicht ratifiziert; Japan und Tunis sind beigetreten. (Vgl. v. Mirbach l. c. p. 28.)

Alle Bestimmungen des Vertrages gelten nur für den Frieden; im Kriege sind die Kabel den Massregeln der Kriegführenden ausgesetzt.

Amerikas Vorschlag von 1869 wurde also nicht befolgt. Die Vereinigten Staaten Amerikas haben nicht verfehlt, im Kriege gegen Spanien 1898 diesen Umstand auszunutzen und haben die Kabel, welche Spanien mit seinen Kolonien verbanden, sofort nach Ausbruch der Feindseligkeiten durchgeschnitten.

Das vertragsmässige Untersuchungsrecht im Frieden hat sich also als völkerrechtliche Institution durchgesetzt; es ist, wenn auch nicht in allen Fällen in seinem weitesten Umfange, durch allgemeine internationale Verträge anerkannt worden als ein wirksames Mittel zum Schutze völkerrechtlicher Interessen, zum Schutze eines geordneten friedlichen Völkerverkehrs auf See, also recht eigentlich zum Schutze der Freiheit des Meeres, in deren Namen zuerst am heftigsten gegen die Einführung des Untersuchungsrechts in Friedenszeit gekämpft worden ist. Eine Gefährdung der Meeresfreiheit durch das Untersuchungsrecht lag aber vor Allem in der Möglichkeit der Ueberschreitung der durch das Untersuchungsrecht gegebenen Befugnisse. Diese Uebergriffe haben im Untersuchungsrecht des Friedens, dank der genauen Regelung durch die allgemein bindenden Abkommen, fast aufgehört.

III. Abschnitt.

Gegenwärtiger Umfang der Ausübung.

Eingang.
Umfang der Ausübung im Frieden.

Kapitel XVIII.

Begrenzung durch die konstitutiven Verträge.

Da das Untersuchungsrecht im Frieden regelmässig durch Vertrag erst entsteht, ist es die Aufgabe dieses Vertrages, auch den Umfang des Rechtes abzugrenzen, welches er begründet; und zwar ist der Vertrag in dieser Umgrenzung nur eingeschränkt durch die Schranken, die der Begriff des von ihm geregelten Rechtes und die Achtung vor den internationalen Grundrechten der Parteien und dritter Mächte ihm setzen. Der konstitutive Vertrag gibt der Ausübung des Rechtes Subjekt und Gegenstand, Geltungsdauer und Anwendungszone, Zweck und Mass.

Daher war es notwendig, bereits bei der Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des nur von Vertrag zu Vertrag fortschreitenden Untersuchungsrechts im Frieden bei jeder Etappe eben den Umfang aufzuzeigen, den der jeweilige Vertrag dem Recht gab. Da nun die (von Kap. XIV an) dargestellten Kollektivabkommen noch heute in Kraft sind, andere Normen aber für das konventionelle Untersuchungsrecht

des Friedens nicht in Betracht kommen — es seien denn die in jenen Verträgen vereinbarten und daher ihnen entsprechenden nationalen Instruktionen —, so ist in jener Reihe von Abkommen auch der gegenwärtige Umfang der Ausübung des vertragsmässigen Untersuchungsrechts im Frieden dargestellt.

Was das gewohnheitsrechtliche Untersuchungsrecht im Frieden, das Untersuchungsrecht gegenüber dem Seeraube anbetrifft, so kann man von dem heutigen Umfang seiner Ausübung füglich kaum reden; denn der Seeraub gehört der Vergangenheit an, wenigstens der Seeraub in dem Sinne, wie er dem ältesten Untersuchungsrecht zum Anlass und Gegenstande diente. In Betracht kommen heute, ausser vielleicht in chinesischen und malayischen Gewässern, nur noch gewisse dem Seeraube vom Völkerrecht gleichgestellte Handlungen während des Krieges (vgl. o. Kap. IV, § 2), und diese unterliegen daher dem kriegerischen Untersuchungsrecht.

Es scheint daher nicht erforderlich, auf den Umfang des Untersuchungsrechts im Frieden noch einmal gesondert einzugehen, dessen Ausübung überdies, insoweit sie durch die Verträge nicht geregelt ist, der des Untersuchungsrechts im Kriege entspricht.

Dessen gegenwärtiger Umfang ist noch darzustellen, vor Allem wie er sich nach den geltenden Marineinstruktionen der ersten Mächte und nach den Entscheidungen neuerer internationaler Kontroversen darstellt; wo noch nicht auf bindende Weise Uebereinstimmung geschaffen ist, muss der Streit der Meinungen in der Völkerrechtswissenschaft den Gegenstand noch klären und so die bindende internationale Regelung vorbereiten.

Umfang der Ausübung im Kriege.

Kapitel XIX.

Zeitliche Begrenzung der Visitation.

An den Begriff des Krieges bindet sich in jeder Beziehung die Ausübung des noch zu behandelnden Visitationsrechts. — Zunächst ist seine Geltung auf die Zeitgrenzen des Krieges beschränkt, denn die Ausübung einer kriegerischen Befugnis ist begriffsmässig nur während der Dauer des Kriegszustandes möglich.

§ 1. Dauer des Krieges.

Wird nun die Ausübung des Untersuchungsrechts sofort nach erfolgter Kriegserklärung bezw. nach Eröffnung der Feindseligkeiten zulässig? „Oder“, so fragt v. Mirbach[1] weiter, „hat ein neutrales Schiff, welches vor der Kriegserklärung den Hafen verlassen hat, noch Anspruch auf eine Exemption?“ Der Entscheidung des Falles, den Mirbach als Beispiel anführt, muss man sich anschliessen: ein neutrales Schiff, welches, ohne von der Kriegserklärung zu wissen, Waffen an Bord führt, kann man nicht wegen Kontrebandierens als Prise aufbringen, da es seine Waren als erlaubte Handelsartikel geladen hat, und so die notwendige subjektive Seite des Delikts, das Bewusstsein strafbarer Handlung fehlt. Wohl aber wird der Kriegführende gegen Entschädigung des Schiffers bezw. Eigentümers dem

---

1. v. Mirbach l. c. p. 30.

Feinde durch ein zwar nicht stipuliertes, aber quasi gesetzliches Vorkaufsrecht die Waren entziehen können.

Doch, ob man das Schiff als Prise aufbringen könne, ist nicht eigentlich die Frage.[2] Die Frage ist: Darf man ein neutrales Schiff, das vor der Kriegserklärung den Hafen verlassen hat, sofort nach dieser untersuchen? Und diese werden wir bejahen müssen: das kriegerische Untersuchungsrecht ist ein Recht des Kriegführenden von dem Augenblicke an, wo der Krieg beginnt, ob nun mit einer Kriegserklärung, einem Manifest, dem Ablaufe eines Ultimatums oder der tatsächlichen Eröffnung der Feindseligkeiten. Sein Zweck ist nicht nur die Bestrafung der dolosen, sondern auch die Hinderung der den Kriegführenden schädigenden Handlung des Neutralen. Implicite vertritt auch v. Mirbach diesen Standpunkt, denn ohne die Ausübung des Untersuchungsrechts würde der Kriegführende seines Beispiels die „unfreiwillige Kontrebande", die er dem Neutralen gegen Entgelt abnimmt, nicht entdecken können.

Im gleichen Sinne entscheidet auch die Vorschrift der Instructions for U.S.A. blockading vessels and cruisers § 12:[3] „The belligerent right of search may be exercised without previous notice upon all neutral vessels after the beginning of the war, to determinate their nationality, the character of their cargo and the ports between which they are trading."

So war die Visitation des chinesischen Schiffes „Kow-Shing" durch den japanischen Kreuzer „Naniwa" (vgl. u. Kap. XX) wenige Stunden nach Eröffnung der Feindseligkeiten im chinesisch-japanischen Kriege 1894 der Zeit nach durchaus berechtigt.[4]

2. Diese Frage wäre selbstverständlich zu verneinen; siehe auch R. I. P. § 5 Satz 2 (vgl u. Anm. 8).

3. Vgl. Marine-Rundschau Heft 8/9 1899.

4. Vgl. Sakuyé-Sakahashi: „Völkerrechtlich bedeutsame Vorkommnisse im chinesisch-japanischen Kriege. München 1900 S. 3.

Aber auch die Aufbringung eines Schiffes, welches von der Kriegserklärung keine Kenntnis hat, kann als Folge der Untersuchung gerechtfertigt sein, nämlich die Aufbringung eines feindlichen Schiffes; denn hier führt die Visitation nicht wegen einer deliktischen Handlung, sondern wegen einer Qualität zur Wegnahme. Und diese von der Kenntnis des Kriegszustandes unabhängige Qualität: feindliches Eigentum ist mit dem Augenblick, da der Krieg beginnt, gegeben.

Anderseits ist vom Augenblick der Beendigung des Krieges an jede Ausübung des Untersuchungsrechts auch durch solche Kriegsschiffe, die von der Beendigung des Kriegszustandes keine Kenntnis haben, widerrechtlich und unwirksam und führt in keinem Fall zu einer „guten Prise", sondern begründet in jedem einen Schadensersatzanspruch des Visitierten, gleichgiltig, ob sie sich gegen einen Blockadebrecher oder Kontrebandetransport oder ein feindliches Schiff richtete; denn mit dem Ende des Krieges hören ipso iure die genannten Handlungen auf, Delikte, hört die betreffende Nationalität auf, eine feindliche zu sein, und entfällt der kriegerischen Visitation somit jeder Rechtsgrund.

Auch auf den Bürgerkrieg finden die Vorschriften des Kriegsrecht insoweit Anwendung, als die gegen ihre Regierung streitenden Insurgenten als „kriegführende Macht" anerkannt sind. Die anerkennenden Staaten verpflichten sich durch ihre Anerkennung insbesondere zur Neutralität und gewähren daher den Aufständischen ihnen gegenüber das Untersuchungsrecht.

Aber nur den Anerkennenden gegenüber begründet die Anerkennung ein Recht; die kämpfende Regierung namentlich wird dadurch nicht gehindert, die Visitationsausübung durch die aufrührerische Partei als unbefugte Gewalt auf See, also als Seeraub zu behandeln. Freilich begibt sie sich des Rechts hierzu, wenn auch sie ihrerseits den anerkennenden Staaten gegenüber das Visitationsrecht ausübt und da-

mit völkerrechtliche Befugnisse eines Kriegführenden gegen Neutrale in Anspruch nimmt. Nach dieser Richtung scheint auch die spanische Instruktion vom 25. 4. 1898[5] zu zielen.

§ 2. Waffenstillstand.

Ob im Kriege während der Dauer eines Waffenstillstandes das Visitationsrecht ausgeübt werden dürfe, wird bestritten. Hautefeuille[6] und andere leugnen es, Hautefeuille mit der Begründung, ein Waffenstillstand sei ein temporärer Frieden im Kriege; da während seiner Dauer sogar der Feind unangefochten wäre, könne man nicht gegen Neutrale kriegerische Massnahmen treffen; mit dem Wegfall kriegerischer Aktion fielen auch die Neutralitätspflichten fort. Diese Ansicht beruht aber auf Hautefeuille's grundsätzlicher Auffassung des Untersuchungsrechts, welches er nicht als eine aus dem Selbsterhaltungsrecht hervorgehende Befugnis gelten lässt. Sieht man jedoch darin eine solche, so muss man die Aufrechterhaltung der Visitation — gerade gegenüber den Neutralen — im Waffenstillstande anerkennen.[7] Denn es herrscht eben noch kein Friede, sondern nur eine

5. Vgl. Norddeutsche Allg. Zeitg. 1898 Nr. 101.

„Das Visitationsrecht darf nur von den Kriegführenden ausgeübt werden, kann also allein zur Anwendung kommen: in Kriegen zwischen zwei verschiedenen Ländern von Seiten eines jeden der kriegführenden Staaten, sowie in inneren, Bürger- oder Insurrektionskriegen, wenn von einer oder mehreren fremden Mächten dem im Aufstande befindlichen Teile die Eigenschaft als kriegführende Macht zuerkannt worden ist. In diesem Falle kann das Heimatland das Visitationsrecht ausüben, jedoch nur hinsichtlich der Handelsschiffe der Nation oder der Nationen, die diese Anerkennung ausgesprochen haben und dadurch in das Verhältnis der Neutralen eingetreten sind."

6. Hautefeuille, Droits et devoirs ... Bd. III p. 84 ff., Histoire ... S. 217.

7. Vgl. Perels I S. 292, v. Mirbach l. c. S. 31.

Waffen-Ruhe, es sollen alle kriegerischen Aktionen ruhen. Aber Verstärkung und Ergänzung der Kriegsbedürfnisse sind nicht minder kriegerische Aktionen wie der Wiederaufbau zerstörter Festungswerke oder Wiederbeziehen verlorener Stellungen, und man kann daher dem Gegner nicht gestatten, seine Mittel durch die Unterstützung der Neutralen während des Waffenstillstandes zu stärken und zu ergänzen. — Die Neutralitätspflicht, die Kriegsparteien in keiner Weise zu unterstützen, ist während der ganzen Dauer des Krieges keinen Augenblick suspendiert, ebensowenig also auch das Untersuchungsrecht gegenüber den Neutralen.

Feindliches Privateigentum hingegen darf im Waffenstillstand nicht genommen werden; denn die Ausübung des Seebeuterechts wäre feindliche Aktion. Feindliche Schiffe also sind auch von der Untersuchung während des Waffenstillstandes befreit, zum mindesten von der Durchsuchung, während ein Besuch zur Feststellung der — in diesem Falle befreienden — feindlichen Nationalität wohl berechtigt ist.

Diese Trennung der Frage bezüglich der Wirkung des Waffenstillstandes gegenüber feindlichen und neutralen Schiffen liegt auch dem § 5 des internationalen Prisen-Reglements[8] zu Grunde: „Il cesse durant l'armistice“ kann sich nur auf das vorangehende: „Le droit de prises à l'égard des belligérants“ beziehen.

8. Vgl. Annuaire Bd. IX 1887/88 R. I. P. § 5: „Le droit de prises à l'égard des belligérants ne s'ouvre qu'après le commencement des hostilités. Il cesse durant l'armistice et avec les préliminaires de la paix. A l'égard des neutres le droit de prises ne peut être exercé qu'après que les belligérants leur ont notifié l'existence de la guerre.

Kapitel XX.

Oertliche Begrenzung der Visitation.

Aus dem Begriff des Rechts als einer kriegerischen Befugnis folgt auch die örtliche Begrenzung seiner Ausübung auf den Umfang des Kriegsschauplatzes.[1] Berechtigt ist diese demnach auf hoher See und in den nicht-neutralen Küstengewässern; nächst den Territorialgewässern der Hauptparteien bilden aber auch die Territorialgewässer ihrer Bundesgenossen einen Teil des Kriegsschauplatzes (vgl. o.), und mangels eines ausdrücklichen Verbots von deren Seite gehören daher auch ihre Küstenmeere zu den Gewässern, in denen die Visitation ausgeübt werden darf. Die Ausübung der Visitation in den Territorialgewässern Verbündeter scheinen auch die meisten nationalen Instruktionen und Reglements zuzulassen, wenigstens nehmen sie immer ausdrücklich nur neutrales Seegebiet aus.[2]

Völlig gerechtfertigt war hiernach auch in örtlicher Beziehung[3] die Visitation des (der Indo-Chinese Steamship navi-

---

1. Vgl. o. Kap. V.

2. So P. P. R. § 9: „Auf neutralem Seegebiet ist jede Anhaltung und Aufbringung unstatthaft."

N. P. L. § 2 (S. 1): „These powers" (visit, search, detention) „may be exercized in any waters exept the territorial waters of a neutral state."

Aide mémoire: „Le droit de visite peut s'exercer sur quelque point du théâtre que ce soit, les eaux territoriales des neutres exceptées. (vgl. v. Mirbach l. c.)

3. Vgl. § 1 Anm. 4 vor. Kap.

gation Co. London gehörigen) in chinesischen Diensten stehenden Transportschiffes Kow-Shing durch die Japaner in koreanischen Gewässern im Kriege 1894. Denn Korea war von Anbeginn des Krieges der Alliierte Japans.

In neutralem Seegebiet ist die Ausübung der Visitation unter keinen Umständen zuzulassen.[4] Auch nach einer Verfolgung aus nicht-neutralem Wasser ist eine Untersuchung und Aufbringung in neutralen Gewässern unstatthaft. Holland's „Manual of naval prize law" schränkt dieses Verbot durch die Erlaubnis ein, im Laufe der Verfolgung neutrale Territorialgewässer zu passieren, wofern nur die Anhaltung nicht in denselben stattfindet.[5]

Jedoch bereits das Passieren neutraler Gewässer auf der Verfolgung ist unzulässig, und die Erweiterung der Befugnis des Kriegführenden im Manual verlässt die allgemein anerkannten Sätze des Neutralitätsrechts. Denn wie im Landkriege, so ist auch im Seekriege neutrales Gebiet der bewaffneten Kriegspartei grundsätzlich verschlossen, und nur besondere Umstände gewähren ihr eine Befugnis, sich darin aufzuhalten, ein „Asylrecht". Ist aber der blosse Aufenthalt eines armierten Kriegsschiffes in neutralem Territorialmeer — ohne jede kriegerische Operation — bereits völkerrechtswidrig, so ist es umsomehr die Benutzung des neutralen Seegebietes zur Vornahme einer kriegerischen Handlung, und eine solche ist die Verfolgung eines Schiffes zur Erzwingung der Visitation wahrlich auch, solange das verfolgende Kriegsschiff seine feindliche Absicht nicht durch Feuern auf das verfolgte Fahrzeug bekundet.[6]

4. Vgl. Anm. 2.

5. N. P. L. (S. 3.): „But he may pass over neutral territorial waters in order to effect a capture beyond, provided they are not waters which cannot usually be passed without express permission."

6. Dass ein Feuern in neutralen Gewässern, auch der blinde „coup de semonce" eine Neutralitätsverletzung sei, bedarf keiner Darlegung und wird wohl auch von keinem bestritten.

Diese feindliche Absicht, die subjektive Seite des Verhaltens, nicht die objektive Kundgebung, charakterisiert die Fahrt eben als Kriegsoperation; das sollte gerade das halb-amtliche englische Manual nicht ignorieren mit Rücksicht auf die englische Stellung zur „continuous voyage“,[7] bei der nicht der Bestimmungshafen, sondern die Absicht des Neutralen bezüglich des beförderten Gutes, also das subjektive Verhalten als entscheidend gilt.

Eine wegen der neutralen Oertlichkeit rechtswidrige Visitation war daher die der deutschen Brigg „Oceanus“ durch ein russisches Kanonenboot während des russisch-türkischen Krieges von 1877, welche innerhalb Kanonenschussweite von der japanischen Küste vorgenommen wurde.

Perels[8] — und mit ihm von Mirbach[9] — erwähnt diese Visitation als unstatthaft auch wegen der grossen Entfernung des Visitationsortes vom Kriegsschauplatze. Perels insbesondere führt aus, der Russe hätte keinen besonderen Anlass gehabt, von dem Schiffe, das er als ein deutsches erkannte, an jenem Orte einen gegen seine Partei gerichteten Neutralitätsbruch zu vermuten, und hätte deshalb — den Zwecken des Untersuchungsrechts entsprechend — die Visitation nicht ausüben dürfen.

Dass das russische Kriegsschiff unter den gegebenen Verhältnissen von einer Anhaltung wohl hätte absehen können, soll nicht bestritten werden. Seine Visitationsbefugnis aber war durch die Entfernung vom Kriegsschauplatze keineswegs aufgehoben.

Tatsächlich entspräche solche Einschränkung — die bei logischer Durchführung völkerrechtlicher Grundsätze unhaltbar erscheint[10]—, auch durchaus nicht den Zwecken des Untersuchungsrechts.

7. Vgl. u. Kap. XXIII § 4.
8. Vgl. Perels II p. 281.
9. v. Mirbach l. c. p. 52.
10. Vgl. o. Kap. V.

Diese verlangen vielmehr bei der heutigen Gestaltung des Seehandels und des Seekrieges seine Ausübung auch in weitester Entfernung vom „eigentlichen“ Kriegsschauplatze; es genügt zur Begründung der Hinweis auf den Kolonialkrieg, in dem sonst der Neutrale unangefochten von der Kriegspartei deren Gegner Waffen, Munition, jegliche Kontrebande zur Förderung seiner Kriegszwecke nach dessen in Europa belegenen Heimatsstaat liefern dürfte, weil der „Kriegsschauplatz“ in dessen Kolonie, „weit entfernt“ drunten in Südafrika liegt, — der Hinweis darauf, dass die von einem Neutralen gelieferte Kontrebande ja nicht in einem feindlichen Hafen gelöscht zu werden braucht, sondern an einem vereinbarten Treffpunkt unterwegs — in einem „vom Kriegsschauplatz entfernteren Meere“ von einem feindlichen Kriegsschiffe in Empfang genommen werden kann.[11]

Die Praxis erkennt denn eine solche Einschränkung der Untersuchungsbefugnis auch durchaus nicht an. Wenn die englische Regierung infolge der „Bundesrat“-Affaire im Süd-Afrikanischen Kriege der Deutschen Regierung ein proviso-

---

11. Der gegenwärtige Russisch-Japanische Krieg legt die Konstruktion eines Beispiels nahe: Die Japanische Regierung bezw. ihr Kommissionär kauft in dem neutralen England Kohlen für die japanische Flotte. Als Löschungshafen wird das neutrale Shang-hai angegeben, jedoch sollen die Kohlen tatsächlich von japanischen Kreuzern schon vor Formosa aufgenommen werden. Die baltische Flotte ist auf dem Wege zum Kriegsschauplatz, noch im atlantischen Ozean in europäischen Breiten, wie die Konterbande von Cardiff abgeht. — Entspräche es nun tatsächlich den Zwecken des Untersuchungsrechts, wenn das Schiff in europäischen Gewässern von den Russen noch nicht verfolgt, angehalten und untersucht werden dürfte, weil der Kriegsschauplatz so entfernt ist? der Engländer also unangefochten, ehe er ins Mittelmeer einbiegt, auf hoher See die russische Flotte überholen und, korrekt salutierend, signalisieren könnte: „Konterbande an Bord!“?

risches Zugeständnis in dieser Richtung machte,[12] so hatte sie zu solchem Entgegenkommen ernstlichen Anlass in ihrem Vorgehen gegen die deutschen Postdampfer, gegen welches die Deutsche Regierung — da solche betroffen waren, mit Recht — protestiert hatte; auch handelte es sich bei dieser Vereinbarung „bis zu einer definitiven Regelung" in erster Linie um eine Exemption der Postdampfer, nicht um eine allgemeine, von der Visitation.

Auch das bei Perels hervorgehobene Italienische Dekret vom 20. VI. 1866 empfiehlt zwar, was bei der ideellen Verantwortung und dem materiellen Haftungsrisiko einer Visitation sehr angebracht ist, eine Einschränkung ihrer Ausübung mit Rücksicht auf Ort und Umstände, betont doch aber gerade die grundsätzliche Unbeschränktheit des Visitationsrechts.[13]

---

12. The marquis of Salisbury to Sir F. Lascelles, Foreign office Jan. 16, 1900: . . . „He (Baron v. Eckardstein) further urged, that we should extend the arrangement of giving up the examination of ships at Aden to all places equidistant with Aden from Delagoa-Bay. I said we did not object to this proposal; with this information he appeared satisfied." (Vgl. v. Mirbach l. c. p. 133/34).

13. Art. 10 des Dekrets: „Obwohl das Visitationsrecht in Kriegszeiten uneingeschränkt ausgeübt werden kann, empfehle ich Ihnen, dasselbe nichtsdestoweniger nur an denjenigen Orten und unter denjenigen Umständen auszuüben, welche Beweggründe für die Annahme gewähren, dass die Visitation die Beschlagnahme des visitierten Schiffes zur Folge haben kann." (Vgl. Perels, I p. 292.)

Kapitel XXI.

Begrenzung der Visitationsorgane.

„§ 1. Les navires de guerre et de forces militaires d'états belligérants sont seuls autorisés à exercer . . . l'arrêt, la visite, la recherche . . .

§ 2. La course est interdite.

§ 3. L'armement en course demeure permis à titre de rétorsion contre les belligérants qui ne respectent pas le principe du § 2. En ce cas il est interdit de délivrer des commissions à des étrangers."[1]

Diese ersten Sätze des Prisenreglements des Institut de Droit International sprechen in der Tat die von den Kulturstaaten seit der Pariser Deklaration fast allgemein angenommene Begrenzung der zur Ausübung des Untersuchungsrechts im Kriege befugten Organe aus. Auch der letzte Satz des § 3 wird heute, im Gegensatz zu früher häufiger Praxis[2], von allen Regierungen anerkannt und befolgt.

Zugelassen sind die Kaper prinzipiell nur noch von Spanien. Die Vereinigten Staaten sind zwar noch nicht bindend der Seerechtsdeklaration beigetreten, haben sich doch aber für den spanischen Krieg zur Befolgung ihrer Sätze verpflichtet. Die Instruktion, die Spanien in demselben Kriege, am 24. 4. 1898, erliess, setzte dagegen fest: „Innerhalb der durch den vorigen Artikel bestimmten Grenzen dürfen die Kriegsschiffe der Kriegführenden, sowie auch deren Handels-

1. R. I. R. (l. c.) §§ 1—3.
2. Vgl. o. Kap. III § 2.

schiffe, wenn sie rechtmässig als Hilfskreuzer ihrer Kriegsmarine oder als Kaper bewaffnet sind . . ., die Handelsschiffe, denen sie begegnen, anhalten, um sich von der Rechtmässigkeit ihrer Flagge und, wenn sie neutral sind und nach einem Hafen des anderen kriegführenden Teils sich begeben, von der Beschaffenheit der Ladung zu vergewissern."[3] Ausgerüstet wurden jedoch keine Kaper auf Grund dieser Instruktion.

Alle anderen Staaten schliessen, ihrem Beitritt zur Pariser Seerechtsdeklaration zufolge, in ihren Instruktionen teils implicite, teils ausdrücklich die Kaper aus. So bestimmt das Preussische Prisenreglement vom 20. 6. 1864 in § 1: „Zur Anhaltung und Aufbringung der feindlichen oder verdächtigen Schiffe sind nur die königlichen Kriegsfahrzeuge befugt."[4] Ausdrücklich sagt die österreichische Verordnung . . . vom 3. 3. 1862 betr. die Aufbringung feindlicher und verdächtiger Schiffe durch die österreichischen Kriegsschiffe . . . im § 1: „Die Aufbringung von feindlichen oder verdächtigen Schiffen darf in Gemässheit des ersten Absatzes der Deklaration von Paris vom 16. 4. 1856, welcher die Kaperei untersagt, nur durch Schiffe der Kaiserlich Königlichen Marine geschehen . . ."[5]

3. Vgl. v. Mirbach l. c. S. 54.
4. Vgl. Perels I S. 394.
5. Vgl. v. Mirbach S. 55.

Kapitel XXII.

Begrenzung des Visitations-Verfahrens.

Noch in fast allen heut geltenden Verträgen und Reglements ist das Verfahren bei der Ausübung der Visitation ganz ähnlich geregelt, wie es der Pyrenäenvertrag von 1659 in seinem 17. Artikel (vgl. o. Kap. X) vorschrieb.

§ 1. Anhaltung.

Berechtigt zur Anhaltung ist das Kriegsschiff gegenüber jedem Handelsschiff, das ihm in einem seinem Visitationsrecht unterworfenen Gewässer begegnet.[1]

Seinen Willen, das Schiff zwecks Visitierung anzuhalten, muss das Kriegsschiff jenem durch ein deutliches Zeichen zu verstehen geben. Allgemein dient hierzu ein Signalschuss (coup de semonce oder coup d'assurance, affirming gun), welcher von Setzen der Nationalflagge zu begleiten ist. Dieser Schuss enthält nicht nur die Aufforderung an das andere Schiff, anzuhalten, sondern verbürgt auch gleichzeitig die Wahrhaftigkeit der gesetzten Kriegsflagge; denn während es als ruse de guerre sich durchaus eingebürgert hat, unter falschen Farben zu fahren und sich anderen Schiffen zu nähern, gilt es — — und mit Recht — — als perfide, nicht nur, ein Gefecht zu eröffnen, ohne die rechte Flagge gehisst zu haben, sondern auch, unter falscher Flagge den coup d'assurance abzugeben oder einen solchen unter falscher Flagge zu erwidern. Dies illoyale Verhalten verbot auch schon die französische Ordonance von 1696 und bestrafte ein Zuwiderhandeln da-

1. Vgl. R. I. P. § 10.

durch, dass es seinen Kapern die unter „couleurs mensongères" erbeutete Prise konfiszierte. Im selben Sinne bestimmt Hollands Manual in Art. 197: „The commander may chase but under no circumstances may fire under false colours."

Nicht alle Mächte schreiben den Signalschuss vor. Das Preussische Prisenreglement spricht in § 11[2] nur von einem Signal, das der Befehlshaber dem Schiffe zu geben habe, dessen Wahl ihm also überlassen bleibt. Auch England[3] und die Vereinigten Staaten[4] halten diesen Schuss nicht für nötig, wofern man dem Schiffe seine Absicht und sein Recht, eine Untersuchung vorzunehmen, auf andere Weise zu erkennen geben könne.

Und andere, deutlichere Mittel, die bei Tage und bei normalem Wetter diesen Zweck erfüllen können, sind heut gegeben im „Internationalen Flaggenreglement", auf welches The Prize Law of Japan vom 7. 9. 1894 hinweist, indem es erst subsidiär „two blank shots" vorschreibt.[5]

Während dieser Aufforderung soll das Kriegsschiff sich in gewisser Entfernung von dem angerufenen Schiffe halten. Diese Entfernung hat man genau zu präzisieren versucht[6], jedoch sind alle Bestimmungen wie „auf Kanonenschussweite" „autant que possible hors de la portée du canon" unpraktisch und unter schwierigen Wetterverhältnissen und zur Nachtzeit undurchführbar. Daher setzen einige Verträge z. B. zwischen den Vereinigten Staaten und Peru von 1870[7], auch

2. Vgl. Perels I S. 396.

3. N. P. L. S. 199. „If the state of the wind and the weather permit, the commander should communicate his intention to visit by hailing."

4. Im spanischen Kriege ordneten die V. S. A. doch wieder den Signalschuss: „A blank charge" an. (Vgl. Mirbach S. 41).

5. Vgl. v. Mirbach l. c.

6. Vgl. Marine Verordn. Bl. 1874 Beiheft 10 S. 6.

7. Vgl. Marine Rundschau l. c. S. 926.

der Art. IV C der spanischen Instruktion vom 24. 4. 1898[8], die innezuhaltende Entfernung je nach Umständen, Wind, See, Grad des Verdachts in das Ermessen des Kapitäns. Und diese weiteste Begrenzung allein ist der praktischen Ausführbarkeit angemessen.

Aehnlich verlangt der Handelsschiffahrtsvertrag der Vereinigten Staaten und Italiens „eine angemessene Entfernung“,[9] während das Preussische Prisenreglement auf diese Bestimmungen ganz verzichtet und im § 11 nur vorschreibt: „Der Befehlshaber gibt dem Schiff das Signal beizulegen oder zu stoppen.[10]

Wie das Signal auch gegeben werden mag, der Angerufene hat die Verpflichtung, der Aufforderung zum Anhalten oder Beidrehen sofort nachzukommen. Beachtet er den Befehl nicht, sondern macht Anstalten, zu fliehen, so folgt noch ein blinder, und wenn auch dieser nicht fruchtet, der erste scharfe Schuss. Die blosse Flucht rechtfertigt Zwangsmassregeln, wie der gewaltsame Widerstand, begründet aber nicht, wie jener an sich schon, die Aufbringung, sondern berechtigt nur auf jeden Fall zur Durchsuchung (vgl. o. Kap. VI. § 1).

Die gewaltsame Anhaltung bestimmt § 13 des internationalen Prisenreglements des Instituts, Aufbringung auf Grund des gewaltsamen Widerstandes das Preussische Prisenreglement in § 4, 2. Ausführliche Vorschriften über die Form gewaltsamer Anhaltung gibt die spanische Instruktion von 1898 in Art. 4.[11]

§ 2. Besuch.

Ist das Schiff durch die blosse Aufforderung oder durch die Anwendung von Gewalt zum Anhalten gebracht, so erfolgt

8. Vgl. v. Mirbach l. c. S. 39.

9. Ebenda.

10. Vgl. Perels l. c.

11. Vgl. v. Mirbach S. 42.

nun der Besuch an Bord zur Prüfung der Papiere des angehaltenen Schiffs. Nach dem § 11 des Preussischen Prisenreglements soll noch der Befehlshaber den Schiffer mit den Schiffspapieren zu sich an Bord kommen lassen. Aber dieses Verfahren, welches zum ersten Male deutlich in einem Vertrage zwischen den Vereinigten Staaten und Frankreich vom 30. 9. 1800[12] verboten wurde, ist jetzt von fast allen — — und mit Recht — — aufgegeben worden. Denn es enthält einmal eine überflüssige Belästigung des angerufenen Kapitäns und immerhin eine Gefährdung seines Schiffes und bietet anderseits eine bequeme Handhabe zur Täuschung des Untersuchenden, da bei diesem Verfahren doppelte Papiere nicht zu entdecken sind.

Verträge haben daher allgemein die andere Methode angenommen und bestimmen, wie neuere Instruktionen, dass eine Schaluppe abgelassen und ein „Visitationskommando", bestehend aus einem oder zwei Offizieren und zwei oder drei Leuten, an Bord des zu visitierenden Schiffes entsendet werden.

Das ältere Verfahren ist heute vielfach ausdrücklich ausgeschlossen; so bestimmt Hollands „Manual" in § 198: „The captain should not in any case require a boat to be sent from the vessel or any person or papers to be brought from her on board his ship." Das Gleiche bestimmt in § 13 das Prisenreglement des Instituts.

Das Visitationskommando ist fast allgemein in der gleichen Weise geregelt: eine Schaluppe wird vom Kriegsschiff abgelassen und legt sich neben das angehaltene Fahrzeug, und ein Offizier — — nur mit seinem Seitengewehr bewaffnet — — begibt sich mit höchstens drei unbewaffneten

---

12. Art. 18 des Vertrages: . . . . . Il est expressément convenu que le neutre ne pourra être contraint d'aller à bord du vaisseau visitant pour y faire l'exhibition demandée des papiers, ou pour toute autre information quelconque. (R. T. VII. p. 494.)

Leuten zur Vornahme der Visite an Bord; so bestimmen die englischen Vorschriften,[13] ebenso die französischen.[14]

Der Besuch bezweckt die Prüfung der Schiffspapiere. Da es sich um Feststellung des Schiffes, der Herkunft und Bestimmung desselben und des Charakters seiner Ladung handelt, sind in der Hauptsache drei Gattungen von Papieren zu unterscheiden.

Welche Papiere im Einzelnen[15] zu verlangen sind, kann die Wissenschaft nicht feststellen, vielmehr muss sich Zahl und Inhalt derselben auf jedem Schiffe nach den Gesetzen seines Staates richten. Insbesondere die Merkmale, nach denen sich die Staatsangehörigkeit und das Flaggenrecht eines Schiffes richten, sind nur von der eigenen Gesetzgebung gegeben und müssen nach deren Grundsätzen von den Visitierenden beurteilt werden. England übrigens behandelt ein Schiff, welches zur Führung seiner neutralen Flagge nach dem

---

13. N. P. L. l. c.: The cruiser should send a small boat, no larger than a whale boat with an officer to conduct the search. There may be arms in the boat, but the men should not wear them on their persons. The officer, wearing only his side-arms, and accompanied on board by not more than two of his boat's crew, unarmed, should first examine . . . .

Art. 203. A second officer should (if convenient) accompany the visiting officer, and should be instructed to observe carefully everything that occurs during the visit, in order that, if required, he may be able to give his testimony.

Art. 204. The visiting offlicer and the officer by whom he is accompanied should be in proper uniform, and the boat should carry a British flag.

14. Aide-mémoire S. 29: „Le signal fait, une embarcation commandée par un officier est détachée du bord et dirigée sur le navire à visiter, à bord duquel l'officier ne monte qu'avec deux ou trois hommes.“ (Vgl. v. Mirbach S. 43.)

15. Vgl. Perels I. p. 297 ff., Heffter p. 327, v. Mirbach S. 45. Eine genaue Aufzählung der Urkunden, die die wichtigeren Seemächte ihren Schiffen vorschreiben, giebt Holland: N. P. L. S. 52 ff.

Gesetze jenes neutralen Staates ein Recht hat, dennoch als feindlich, wenn sein Eigentümer feindlicher Nationalität ist.[16]

1. Papiere, die Nationalität betreffend.

Nach dem Gesetz „betr. die Nationalität der Kauffahrteischiffe und ihre Befugnis zur Führung der Bundesflagge" vom 25. 10. 1869 (§ 9) „wird durch das Certifikat das Recht des Schiffes, die Bundesflagge zu führen, nachgewiesen."

Zum Nachweise dieses Rechts ist insbesondere ein Seepass nicht erforderlich. Statt eines Schiffscertifikats oder eines Seepasses können folgende Papiere den Nachweis der Nationalität erbringen: das Schiffspatent, das Flaggenattest, der Beilbrief, der Messbrief, das Rhedereiverzeichnis und anderweitige Eigentumsurkunden; endlich auch die Musterrolle, insofern dieselbe über die Nationalität der Schiffsmannschaft Auskunft gibt.

2. Reisepapiere.

In erster Linie ist das Schiffstagebuch (Journal, Logbook) von allen Gesetzen für jedes grössere Schiff vorgeschrieben; ferner dienen zur Feststellung der Reise die Musterrolle, die Pässe, die Zolldeklarierungsdokumente, Konsulatsattest.

3. Ladungspapiere.

Chartepartie und Konossement oder Ladeschein, ferner Ladebuch.

Diese dienen zur Feststellung des Charakters, der Herkunft, des Bestimmungsortes und der Eigentümer der Ladung.

Bei der Prüfung sämtlicher Papiere hat der prüfende Offizier nicht auf ihren Inhalt, sondern insbesondere darauf zu achten, ob dieselben falsch, gefälscht oder verfälscht seien oder scheinen, und ob doppelte Papiere verschiedenen In-

---

16. Dupuy: Droit de la guerre maritime d'après les doctrines anglaises. p. 319.

halts vorhanden seien, auch ob die Angaben der Papiere verschiedener Gattung so übereinstimmen, dass daraus ihre Zugehörigkeit zu demselben Schiffe sich erweist.

Die Prüfung soll sorgfältig, aber ohne Chikane vorgenommen werden; dass einzelne — — selbst wichtige — — Papiere fehlen, ist irrelevant, wenn aus den übrigen unzweifelhaft die neutrale Nationalität und die Unanfechtbarkeit von Bestimmungsort und Ladung hervorgehen. Gestatten die Papiere kein Bedenken, so ist der Besuch sofort abzubrechen,[17] und das Schiff darf ungehindert seine Fahrt wieder aufnehmen.

Auf Verlangen des Kapitäns des visitierten Schiffes ist von dem visitierenden Offizier eine genaue Bescheinigung über die Prüfung auszustellen, und diese in das Schiffstagebuch zu vermerken.[18]

§ 3. Durchsuchung.

„Nur nach Massgabe ernster Verdachtsgründe darf die Prüfung zu einer Durchsuchung gesteigert werden, insbesondere, wenn sich zeigen sollte, dass die Schiffspapiere falsch oder mit der gebrauchten Flagge im Widerspruch sind, oder aus den Umständen auf Verheimlichung und Täuschung geschlossen werden kann.“[19]

Als solche Verdachtsgründe zählt der § 20 des Internat. Prisen-Reglements des Instituts folgende auf:

1. Nichtbeilegen auf Anruf des Kriegsschiffs,

2. Widerstand gegen Durchsicht von Fächern, die mutmasslich Papiere oder Kontrebande enthalten,

---

17. Vgl. z. B. N. P. L. § 209: If after examining the Vessels Papers the visiting officer is satisfied that she is not liable to Detention, he should immediately quit her.

18. Vgl. z. B. N. P. L. § 211; Spanische Instruktion Kap. VI (v. Mirbach l. c. p. 47).

19. Bluntschli l. c. Art. 280.

3. doppelte, falsche, gefälschte,, geheimgehaltene, ungenügende oder gar keine Papiere,

4. Ueberbordwerfen oder Vernichten von Papieren, besonders nach Wahrnehmung des Kriegsschiffes,

5. Anhaltung unter falscher Flagge.

Die englischen Vorschriften begnügen sich damit, zu bestimmen (Art. 217 N. P. L.): „If after an examination of the vessels papers the visiting officer is not satisfied that she is not liable to detention he should proceed to search her."

Diese Vorschrift lässt den weitesten Spielraum und stellt es dem Offizier anheim, ob er den möglicherweise verdächtigen Umstand als erheblich genug zur Veranlassung einer Durchsuchung ansehen will. Aehnlich ordnet das japanische Prisenreglement eine Durchsuchung an, wenn der Offizier durch die Prüfung der Papiere nicht befriedigt ist.[20]

Auch die französischen Vorschriften sind nicht genauer: die vorgewiesenen Papiere müssen „einem Verdacht Raum geben";[21] aber worauf sich dieser Verdacht stützen darf, wann er vorliegen muss, ist nicht näher ausgeführt.

Das Verfahren bei der Durchsuchung ist bei den genannten Staaten ebenso wie die Verdachtsgründe verschieden geregelt, so zwar, dass England seinen Offizieren am meisten Selbständigkeit lässt. Ueber das Oeffnen bezw. Oeffnen-lassen von verschlossenen Räumen, Ballen macht die englische Instruktion gar keine Vorschriften, sondern weist ihre Offiziere nur zu grösster Vorsicht an, damit die Ladung möglichst geschont werde, und sagt ferner: „If in the course of the search the visiting officer is satisfied that the vessel is not liable to detention, the search should be immediately discontinued; everything that has been removed should be replaced as quickly and carefully as possible and the vessel allowed to pursue her course without delay."[22]

20. Vgl. v. Mirbach l. c. p. 51.

21. Vgl. v. Mirbach l. c. p. 50.

22. Vgl. N. P. L. § 221.

Die französischen Bestimmungen ordnen an, dass die Durchsuchung von dem Kapitän und der Mannschaft des visitierten Schiffes selbst unter der Aufsicht des visitierenden Offiziers vorzunehmen sei. Verschlossene Räumlichkeiten hat auf Verlangen der Kapitän zu öffnen, im Weigerungsfalle setzt er sich der Aufbringung aus.

Genau den gleichen Inhalt haben die Vorschriften des § 11 im Preussischen Prisenreglement.

Aehnlich lauten auch die japanischen Bestimmungen,[23] die sogar dem visitierenden Offizier die Entscheidung über die Aufbringung bei einer derartigen Weigerung des Kapitäns überlassen.

Am mildesten gegenüber den neutralen Handelsschiffen erscheint die spanische Instruktion von 1898 Art. 12:[24] „Bei dem Akte der Visitierung ist es nicht erlaubt, anzuordnen, dass die Schiffslagerräume geöffnet werden, um die Ladung zu untersuchen, oder Behältnisse öffnen zu lassen, um nach Dokumenten zu forschen. Die von dem Schiffsführer zum Ausweise der Flagge und der Beschaffenheit der Ladung vorgezeigten Dokumente sind die einzigen Beweisstücke welche das internationale Recht zulässt." — Spanien also visitiert ohne eigentliche Durchsuchung.

Jedoch kann, wie schon (vgl. o. Kap. VI § 3) ausgeführt, gerade diese Zurückhaltung eine grössere Härte gegen den Visitierten zur Folge haben und zu ungerechtfertigter Aufbringung führen, wo der durch die Papiere erregte Verdacht durch eine Durchsuchung beseitigt würde.

---

23. Vgl. v. Mirbach p. 51.
24. Vgl. Nordd. Allg. Zeitung 1891 Nr. 101.

Begrenzung des Visitations-Gegenstandes.

Kapitel XXIII.

Unbestrittener Gegenstand der Visitation: fremde Handelsschiffe.

§ 1. Feindliche Schiffe.

Der § 2 des Preuss. Prisenreglements von 1864 besagt: „es sind anzuhalten und aufzubringen alle Schiffe, die dem feindlichen Staate oder dessen Untertanen gehören."

Die Schiffe, welche dem feindlichen Staate gehören,[1] sind selbstverständlich als in strengstem Sinne feindliches Eigentum dem Seebeuterecht unterworfen. Die Visitation kommt hier nicht in Frage.

Auch das feindliche Privatschiff unterliegt noch dem Seebeuterecht; zwecks Aufbringung muss es angehalten und durch eine Prüfung seiner Nationalitätspapiere muss die Wahrhaftigkeit seiner feindlichen Flagge festgestellt werden.

Aber eine weitere Untersuchung wird dadurch nötig, dass durch den dritten Satz der Pariser Seerechtsdeklaration neutrales Gut unter feindlicher Flagge von der Wegnahme ausgenommen ist, sofern es nicht Kontrebande ist. Daher muss auch auf einem feindlichen Schiffe, wenn auch erst, nachdem die Berechtigung zu seiner Aufbringung bereits festgestellt ist, erstens eine Prüfung der Ladungspapiere zur Feststellung der Nationalität des Eigentümers dieser Ladung, zweitens

---

1. Perels II spricht p. 281 treffend von „Schiffen des öffentlichen Dienstes."

aber eine Prüfung der Papiere bezügl. der Natur der Ladung eventl. eine Durchsuchung vorgenommen werden, um festzustellen, ob dies Gut als neutral freizugeben, oder, obwohl neutrales Eigentum, als Kontrabande mitaufzubringen ist.

Denn das Untersuchungsrecht dient nicht nur der Feststellung und Aufbringung feindlichen Eigentums. Sein anderer Zweck ist (vgl. o. Kap. IV § 2), Schutz gegen eine Unterstützung des Feindes durch dritte, neutrale Mächte.

Neutrale Schiffe.

Zu diesem Zwecke erstreckt sich das Visitationsrecht auf alle Handelsschiffe[2] unter neutraler Flagge, nicht nur, um festzustellen, ob sie wirklich neutral, und nicht etwa feindlicher Nationalität sind, sondern auch, um festzustellen, ob sie, und zu verhindern, dass sie unter Verletzung ihrer Neutralitätspflicht dem Feinde durch Zufuhr von Kontrebande oder durch Blockadebruch Unterstützung zu bringen versuchen.

§ 2. Kontrebande.

Der Begriff der Kontrebande ist noch nicht durch eine allgemeine internationale Regelung fest umgrenzt worden. Man versteht darunter Gegenstände, welche zum unmittelbaren Gebrauch für den Krieg geeignet, von einem feindlichen oder neutralen Schiff für Rechnung des Feindes und mit Bestimmung für den Feind transportiert werden.

Sache der einzelnen Staaten ist es, zu Beginn eines Krieges festzusetzen, was sie als Kontrebande zu betrachten und daher, wenn sie es auf einem Schiffe, für den Feind bestimmt, finden, zu konfiszieren gedenken.

Die nahe Beziehung des betreffenden Gegenstandes zu den kriegerischen Operationen des Feindes ist für den Begriff wesentlich und ausschlaggebend.

Daher sind alle Arten von im Kriege verwendeten Waffen,

---

2. Vgl. P. P. R. §§ 3—6.

Munition, Pulver, Monturen, Zaumzeuge unbestreitbar als Kontrebande zu bezeichnen.

Dagegen herrscht Streit über Gegenstände, die zwar für den Kriegsgebrauch tauglich sind, aber auch dem friedlichen Gebrauche dienen können: relative Kontrebande; doch bei einer Beförderung solcher Gegenstände an eine Kriegspartei spricht die Vermutung dafür, dass Kontrebande vorliege.

Kohlen sind als Kontrebande unzweifelhaft zu bezeichnen, wenn sie für Kriegszwecke bestimmt sind.[3]

Das Gleiche trifft für Lebensmittel[4] zu, wenn sie für die feindliche Kriegsmacht oder für einen belagerten Platz bestimmt sind.

Aber je nach der eigenen Stellung als kriegführende oder neutrale Macht wechseln die Staaten, zumal hat es England getan, ihren Standpunkt in diesen Fragen. So hat England im französisch-chinesischen und dann im japanisch-chinesischen Kriege sich sehr beschwert, dass Reis als Kriegskontrebande erklärt wurde, und hat im Transvaalkriege Getreide und Reis, gleichgiltig, ob für das Heer oder die Bevölkerung bestimmt, selbst als Kontrebande behandelt und amerikanische Transportschiffe beschlagnahmt.

Der Kontrebandebegriff aber wird noch mehr ausgedehnt; man überträgt ihn auf Mannschaften, Briefe, Depeschen als: Quasikontrebande.

§ 3. Quasikontrebande.

Nun ist sicher, dass die Zuführung von Truppen eine weit gründlichere Unterstützung einer Kriegspartei ist, als die Lieferung von Waffen; und wenn ein neutrales Schiff wissentlich Soldaten für eine Kriegspartei befördert oder zum Zweck solcher Beförderung in den Dienst einer Kriegspartei

3. R. S. G. N.: Coal when destined for a naval station, a port of call or a ship or ships of the ennemy . . . . —

4. Ebenda . . . Provisions, when destined for an enemy's ship or ships or for a place that is besieged. —

tritt, so ist dies eine Neutralitätsverletzung, und eine Konfiskation des Schiffes ist durchaus gerechtfertigt.

Doch anderseits kann man einen Kapitän nicht dafür verantwortlich machen, dass etwelche einzelne Leute sein Schiff benutzen, um in das Gebiet des Kriegführenden zu gelangen, bei dem sie Dienst genommen haben oder nehmen wollen.

Dieselben beiden Möglichkeiten liegen vor bei der Beförderung von Depeschen durch ein neutrales Schiff, die ebensowohl doloser Weise wie bona fide geschehen kann.

Die spanische Instruktion von 1898 bestimmt bezügl. der uneigentlichen Kontrebande in der Aufzählung von Gründen zur Aufbringung eines Schiffes auf Grund der Visitation: „No. 6. Wenn es für Rechnung des Feindes Kriegsoffiziere, Soldaten oder Matrosen befördert."

„No. 7. Wenn es amtliche Schriftstücke oder Korrespondenzen des Feindes befördert, es sei denn, dass das Schiff einer Seepostlinie angehört und die erwähnten Schriftstücke oder Korrespondenzen sich in den nämlichen Postsäcken, Kisten und Paketen befinden, welche zur Beförderung der öffentlichen Korrespondenz dienen, sodass der Kapitän über deren Inhalt in Unkenntnis sein kann."[5]

Eine genaue Regelung durch alle nationalen Reglements gerade dieser Fälle der Anhaltung, Untersuchung und Aufbringung wegen Quasikontrebande wäre nötig, denn es ist schwer, die Frage generell zu entscheiden, wo hier die Verantwortlichkeit des Kapitäns beginnt, wie also die Anwendung kriegerischer Massnahmen wie Visitation und Aufbringung zu begrenzen ist.[6]

5. Vgl. v. Mirbach S. 59.

6. Der britische Generalpostmeister Lord Stanley erklärte am 10. 5. 04 im Unterhause: An kriegführende Regierungen von deren Agenten gerichtete Depeschen könnten — im Gegensatz zu gewöhnlichen Briefen — als Kriegskontrebande angesehen werden. Eine Befreiung der Postdampfer vom Untersuchungsrecht sei keine

Streitfälle gerade aus diesem Anlass haben sich auch des öfteren schon ergeben. So wollten im Sezessionskriege die Vereinigten Staaten die Festnahme der zwei Emissäre der Südstaaten Slidell und Mason auf der „Trent" 1861 mit dem Begriffe der Quasikontrebande decken; aber sie haben damit ihr Vorgehen nicht zu rechtfertigen vermocht.

Das englische Postschiff „Trent" fuhr mit den beiden Gesandten, die sich in Kuba an Bord begeben hatten, nach Portsmouth und wollte vorher noch den ebenfalls neutralen Hafen Nassau berühren. Der Kreuzer der Vereinigten Staaten „Jacinto" lauerte auf offener See der „Trent" auf, rief sie an, visitierte sie und wollte sie aus Anlass der Beförderung der Herren Slidell und Mason aufbringen. Dem aber widersetzte sich der Kapitän der „Trent", worauf Kommodore Wilkes vom „Jacinto" sich der beiden Gesandten bemächtigte und die „Trent" weiterfahren liess. Dieses Vorgehen war in verschiedener Beziehung unberechtigt. Die beiden Gesandten waren nicht Mitglieder der bewaffneten Macht ihres Staates, sondern in einer friedlichen diplomatischen Mission begriffen, ausserdem waren sie nicht auf dem Wege zur Kriegspartei, sondern hatten sie eben verlassen.

Ueberdies hätte Kapitän Wilkes die beiden Emissäre nicht aus dem Schiffe entfernen und dieses weiterfahren lassen dürfen, wenn er sein Vorgehen mit dem Kontrebandebegriff rechtfertigen wollte, sondern das Schiff wegen der darauf gefundenen Kontrebande aufbringen müssen. Der Umstand, dass die „Trent" sich auf dem Wege zwischen zwei neu-

---

allgemeine Regel des Völkerrechts; jedoch sollten angesichts besonderer Umstände Unbequemlichkeiten bei der Visitation von Postdampfern möglichst vermindert werden. (Nat. Zeitg. v. 11. 5. 04) — Diese verbrämte Erklärung kennzeichnet den Standpunkt der englischen Regierung kurz dahin: Postdampfer werden principiell nach wie vor visitiert; verdächtige Post wird beschlagnahmt.

tralen Häfen befand, hätte an sich der Rechtmässigkeit der Aufbringung nicht entgegengestanden in Anbetracht des Prinzips von der Einheit der Reise,[7] das zur Ermöglichung der Kontrebandekonfiskation in grösserem Umfange aufgestellt worden ist.

§ 4. Die „Einheit der Reise“.

Nach diesem Grundsatze ist eine Visitation und Aufbringung eines Schiffes, das Kontrebande befördert, nicht nur zulässig, wenn das Schiff für einen feindlichen Hafen bestimmt ist, sondern auch, wenn es nach einem neutralen Hafen fährt, wofern nur die Bestimmung der Kontrebande für das feindliche Gebiet ersichtlich oder mindestens wahrscheinlich ist. Denn die Kontrebande kann in dem neutralen Hafen, den das Schiff berührt, umgeladen werden und auf einem anderen Fahrzeuge in das feindliche Gebiet gelangen.

Die Konfiskation der Kontrebande ist in solchem Falle stets, die Aufbringung des Schiffes jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn die Bestimmung der Ware dem Kapitän bekannt ist.

Von dem Grundsatze der „continuous voyage“ aus ist auch der Fall der deutschen Postdampfer „Bundesrath“ und „Herzog“ zu beurteilen, die von England im Transvaalkriege auf den Verdacht hin, Soldaten nach der südafrikanischen Republik zu führen, angehalten und untersucht wurden. Hier brachten die Engländer den nach der neutralen Delagoa Bay bestimmten neutralen Schiffen gegenüber auch den Grundsatz von der Einheit der Reise zur Anwendung. Graf Hatzfeld schrieb zwar am 4. 1. 1900[8] an die englische Regierung, diese selbst habe jenen Grundsatz bekämpft, als im Jahre 1863, während des Sezessionskrieges also, die Ver-

---

7. continuous voyage, continuité du voyage.
8. Vgl. v. Mirbach l. c. p. 113.

einigten Staaten das englische Schiff „Springbok" aufbrachten. Das war aber doch wohl nicht der Fall.

Der „Springbok" kam von London und sein Bestimmungsort war der ebenfalls neutrale englische Hafen Nassau. Aber die Aufbringung wurde damit begründet, dass man zu dem Verdacht berechtigt gewesen sei, die Ladung des „Springbok" solle in Nassau umgeladen und von da mit einem anderen Schiffe einem blockierten Hafen der Südstaaten gebracht werden. Der Bestimmungsort des Schiffes sei nicht massgebend für den der Ladung; diese, für einen blockierten Hafen bestimmt, sei der Wegnahme ausgesetzt gewesen, und daher das Schiff mit ihr. Nur gegen die Verurteilung des Schiffes hatte sich England hier gewandt, dessen Freigabe es auch durchsetzte; die Konfiskation der Ladung, die sich auf jenen Grundsatz stützte, wurde nicht angefochten.

Dass England mit dem Grundsatze durchaus einverstanden war, zeigte sich auch in dem ähnlichen Falle des „Peterhof" im selben Jahre, 1. 8. 1863. „England könnte" — — so schrieb Lord Russel[9] den über das Vorgehen der Amerikaner sich beklagenden Eigentümern des Schiffes — —" nicht, ohne das Völkerrecht zu verletzen, eine Exemption von dem Durchsuchungsrecht für die Schiffe verlangen, welche zwischen Grossbritannien und jenen neutralen Häfen verkehren; auch kann England nicht von vornherein behaupten, dass das Verhalten der Schiffe nicht Anlass geben kann zu einer gerechtfertigten und gesetzlichen Aufbringung. Denn allgemein ist es bekannt, dass diejenigen, welche eine Blockade durchbrechen wollen, ihren Bestimmungsort falsch angeben oder ihre Papiere fälschen. Die Lage der mexikanischen Häfen zu den konföderierten Staaten ist eine derartige, dass es nicht nur möglich, sondern sogar sehr wahrscheinlich ist, dass man sich ersterer als Bestimmungsort bedient, um einen Verkehr zu verdecken, der tatsächlich eine Aufbringung rechtfertigt."

9. Vgl. v. Mirbach l. c. p. 61.

Der Grundsatz der Einheit der Reise ist durchaus nicht als „Fiktion“ zu bezeichnen.[10] Die Beförderung einer Ware von einem Orte über eine beliebige Reihe verschiedener anderer in der Absicht, sie an einem n-ten Hafenplatz schliesslich ankommen zu lassen, kann durchaus als eine einheitliche Handlung aufgefasst werden, die dann aber auch, wenn die ihr zu Grunde liegende Absicht eine rechtswidrige, d. h. der Bestimmungsort der Ware feindlich und diese Kontrebande ist, in jedem Ausführungsstadium als rechtswidrig zu behandeln ist. Man kann nicht die sämtlichen streckenweisen Beförderungen bis zur vorletzten Station als straflose Vorbereitungshandlung auffassen, muss sich vielmehr völlig Gessner[11] anschliessen, der die subjektive Seite, den Delikts-Vorsatz betont und ausführt: „Bei Zuführung von Kontrebande ist es juristisch unwesentlich, ob diese direkt oder auf Umwegen erfolgt, insofern nur die feindliche Bestimmung feststeht. Der rechtliche Umstand ist nur der, dass, wenn sich die Kriegskontrebande auf der Reise nach einem neutralen Hafen befindet, die rechtliche Präsumption für ihre neutrale Bestimmung ist. Diese ist aber keine praesumptio iuris et de ure.“

Vom gleichen Standpunkt stellt Ullmann[12] den Fall des „Gaelic“ im chinesisch-japanischen Kriege dar, der, obwohl sein Bestimmungshafen Hongkong war, von den Japanern aufgehalten, untersucht und aufgebracht wurde, da man wusste, dass die Absender (in San Francisco) wie die Empfänger der Ladung Chinesen waren, und annahm, dass das Schiff unterwegs den chinesischen Hafen Amoy berühren werde.

Auch Westlake[13] behandelt die Frage in diesem Sinne,

---

10. So v. Mirbach l. c.

11. Vgl. Perels l. c. II p. 239; auch Lawrence u. a.; dagegen Dupuis, v. Liszt, u. a.

12. Bei Takahashi l. c. p. 5.

13. Bei Takahashi l. c. p. 21 ff.

mit Recht entscheidet er sie aber da im entgegengesetzten, wo es sich um Personen-, nicht um Güterbeförderung handelt. Personen könnte man erst auf der direkten Fahrt nach einem feindlichen Hafen als Quasikontrebande behandeln, „selbst wenn sie von Anbeginn der Reise ein Billet bis zu jenem Bestimmungsort in Händen hätten. Denn in jedem Augenblick können sie ihre Absicht aufgeben, und im nächsten neutralen Hafen ihre Reise enden lassen."

Hier könnte man also sagen: bis zur vorletzten Station sei die Reise eine blosse Vorbereitungshandlung, erst zwischen jener und dem feindlichen Hafen beginne der nun nicht mehr zu negierende „Anfang der Ausführung", der eine Behandlung als Delikt rechtfertigt.

Diese Gesichtspunkte kommen auch für die deutsch-englische Angelegenheit im Transvaalkriege in Betracht. Als Privatpostdampfer verdienten die betr. Schiffe zwar, von der Visitation verschont zu werden (vgl. u. Kap. XXIV, § 2), waren aber noch durch kein besonderes englisch-deutsches Abkommen ausdrücklich eximiert. Auch hätte sich trotz der Bestimmung für die neutrale Delagoa Bay eine Visitation zur Feststellung regulärer Kontrebande rechtfertigen lassen, und wenn man solche tatsächlich in nennenswertem Umfange gefunden hätte, so wäre auch die Aufbringung berechtigt gewesen, nicht aber wegen der möglicherweise auf den betr. Schiffen nach Transvaal reisenden militärischen Passagiere, die bis zum feindlichen Gebiet ihre Absicht und ihre Reiseroute noch jeden Augenblick ändern konnten. Die grosse Entfernung zwischen Aden und dem Kriegsschauplatze schloss (vgl. o. Kap. V, XX) eine rechtmässige Untersuchung und Aufbringung nicht aus.

Den Umstand, den v. Mirbach als besonders gravierend für das Verhalten Englands hinstellt: dass da nämlich überhaupt kein feindlicher Hafen gewesen wäre, für den die Schiffe in Wirklichkeit hätten bestimmt sein können, müsste man gerade am ehesten als Rechtfertigung der erfolgten

Visitationen bezeichnen, wenn man selbst prinzipiell der Einheit der Reise als einer „Fiktion“ rechtliche Bedeutung abspricht. Wenn feindliche Häfen vorhanden sind, dann mag man noch sagen: „so lange das Schiff noch einen neutralen Bestimmungsort hat, ist eine Untersuchung unbillig; der Kriegführende mag sie ausführen, nachdem das Schiff resp. die Kontrebandeladung die letzte neutrale Station hinter sich hat und auf den feindlichen Hafen lossteuert.“ Gerade aber, wo der Gegner keinen Hafen hat, ist der Kriegführende auf das Prinzip der Einheit der Reise angewiesen, wenn er das Untersuchungsrecht wegen Kontrebande nicht ganz und gar aufgeben will. Denn sobald erst die Ladung den geeigneten neutralen Bestimmungshafen erreicht hat, den einzigen, der sie — — mittelbar, über Land — — in feindliches Gebiet einlässt, ist sie der Visitation und der Wegnahme durch den Kriegführenden überhaupt entzogen. —

Bei Negation der „Einheit der Reise“ könnte im Kriege zwischen einem Küsten- und einem Binnenstaat dieser uneingeschränkt Visitationsrecht gegen Neutrale üben, während für den Gegner mangels feindlicher Häfen das gleiche Recht gar nicht existierte.

§ 5. Blockadebruch.

Das Untersuchungsrecht bezweckt aber letztlich noch die Feststellung, ob ein Schiff im Begriff stehe, in einen blockierten Hafen einzulaufen oder ob es aus einem solchen komme. Auf die Blockade findet nun das Prinzip der Einheit der Reise keine Anwendung, vielmehr darf die Untersuchung nur in der Nähe des blockierten Hafens ausgeübt werden. Hier kann man allerdings (vgl. v. Mirbach) als einen „Versuch“ eines Schiffes, die Blockade zu durchbrechen, nur solche Handlungen ansehen, „die den Anfang der Ausführung bilden“; dazu gehört vor allem, dass das Schiff sich der Blockadelinie nähere, um sie zu durchschneiden. Zu eng fasst freilich die

Blockade die zweite bewaffnete Neutralität, welche „Gewalt oder List" als notwendige Merkmale des Blockadebruchs verlangte, zu weit dagegen England und die Vereinigten Staaten,[14] die auch hier das Prinzip der Einheit der Reise geltend machen und auf Grund der blossen Bestimmung des betr. Schiffes für den blockierten Hafen eine Aufbringung fordern. So bestimmt der § 8 der amerikanischen Instructions to blockading vessels and cruisers vom 20. VI. 1898: „If there is good evidence, that she sailed with intent to evade the blockade, she is good prize from the moment she appears on the high seas. Similarly if she has succeded in escaping from a blockaded port she is liable to capture at any place before she reaches her home port."

Dem widerspricht schon das essentielle Erfordernis der Effektivität. Dies macht es den Blockierenden gerade notwendig, an Ort und Stelle ein Geschwader zu halten, das den Versuch, die Blockadelinie zu durchbrechen, zu einem gefährlichen machen muss. Die Blockade darf nicht die Unterstützung irgendwelcher in weiter Ferne kreuzender Fahrzeuge in Anspruch nehmen, sondern muss sich selbst aufrecht erhalten können; die zur Blockadelinie gehörigen Schiffe müssen im allgemeinen in der Lage sein, den Blockadebrecher en flagrant délit abzufangen.

Wollte man den in allen Teilen des Meeres kreuzenden Kriegsschiffen des Kriegführenden das Recht geben, durch Visitation und Aufbringung die irgendwo verhängte Blockade zu unterstützen, so wäre das allgemein anerkannte Erfordernis der Effektivität überflüssig und sein Zweck völlig illusorisch. Die Anwendbarkeit des Prinzips der zusammenhängenden Reise auf den Blockadebruch ist daher auch von der Wissenschaft allgemein bestritten,[15] und auch in der Praxis des Völkerrechts stehen England und die Vereinigten Staaten hierin allen anderen Mächten gegenüber.

14. contra Westlake, vgl. Takahashi l. c. p. 25.

15. Vgl. Perels II S. 274 ff.

Im Sinne der allgemeinen und richtigen Lehre bestimmt das Preuss. Prisenreglement in § 25: „Die Ausklarierung nach einem blockierten Hafen oder der Lauf des Schiffes nach einem solchen gilt noch nicht als Versuch, die Blockade zu durchbrechen."

Zur Rechtsgiltigkeit der Blockade gehören Effektivität und Notifikation.[16] Ist diesen Erfordernissen Genüge geschehen, so sperrt die Blockade den Hafen von jedem Verkehr ab; in einigen Wirkungen aber kann sie der Blockierende limitieren: wenn er z. B. nur die Einfuhr von Waffen oder Munition verhindern will, gegen das Einlaufen anderer Schiffe aber einzuschreiten keine Ursache hat, so wird er eine solche „limitierte Blockade" verhängen. Eine solche war die französisch-englische Blockade der Donaumündung 1854 zur Hinderung der Zufuhr von Lebensmitteln an das russische Heer, ferner die deutsch-englische Blockade von Zanzibar im Jahre 1888/89, welche nur die Einfuhr von Kriegsmaterial und die Ausfuhr von Sklaven hindern wollte. Bei solcher Limitierung der Blockade muss der Kommandant des Blockadegeschwaders jedes Schiff, ehe es in den Hafen eingelassen wird, visitieren lassen und kann ihm auch die Ausfahrt nicht ohne neue Visitation gestatten, um Uebertretungen der Blockadevorschriften zu verhindern.

Zur Ausfahrt aus einem neublockierten Hafen hat der Kriegführende neutralen Schiffen, die bei der Verhängung der Blockade in diesem Hafen ankern, durch eine Frist Gelegenheit zu geben, nach deren Beendigung erst er ihnen gegenüber sein Visitationsrecht ausüben darf.

16. Dass zum Tatbestande des Blockadebruchs — — also zur Aufbringung wegen dieses Delikts — — in jedem Fall und nach allseitiger Auffassung und Praxis Kenntnis von der Blockade gehört, sei es durch General- oder Spezialnotifikation oder durch Notorietät der Blockade — da sonst das „Bewusstsein der Rechtswidrigkeit" fehlt —, bedarf keiner näheren Ausführung

Befreiung von der Visitation.

Kapitel XXIV.

Unbestrittene Exemptionen.

§ 1. Schiffe des öffentlichen Dienstes.

Zu allen Zeiten sind Kriegsschiffe von der Untersuchung eximiert gewesen. Die Achtung vor dem Staat, der durch das Kriegsschiff repräsentiert wird, und die Unverletzlichkeit des Staatsterritoriums, als dessen Bestandteil das Kriegsschiff aut See betrachtet wird, erheischen dieses (vgl. o. Kap. III). Was hier von Kriegsschiffen gesagt ist, gilt für alle von Perels so bezeichneten „Schiffen des öffentlichen Dienstes“ (vgl. vor. Kap. Anm. 1).

So wird die Exemption der Kriegsschiffe von der Visitation auch auf Staats-Postdampfer ausgedehnt, falls der Kommandeur derselben aktiver Seeoffizier und der Charakter des Schiffes unzweifelhaft ist. Im Art. 17 des internationalen Prisenreglements des Instituts[1] wird diese Immunität unter der Bedingung vorgeschlagen, dass der Staatskommissar an Bord schriftlich erkläre, dass das Schiff weder Depeschen, noch Truppen, noch Kontrebande für den Feind führe. Die

1. R. I. P. § 17: „Lorsque le navire a visiter est un paquebot-poste, il ne sera pas visité, si le commissionaire du gouvernement dont il porte le pavillon, se trouvant à bord, déclare par écrit que le paquetbot-poste ne transporte ni des dépêches ni des troupes pour l'ennemi, ni de la contrebande de guerre pour le compte ou la destination de l'ennemi.“

französische Praxis folgt diesem Vorgange nach ihren neueren Instruktionen.

§ 2. Ausdehnung der Befreiung auf Privat-Postdampfer.

Auch auf andere Postdampfer ist diese Exemption partikulär ausgedehnt worden, und mit Recht. Die neutralen Privat-Postdampfer, die durch Vertrag mit der neutralen Regierung mit der Postbeförderung betraut sind, können diese während des Krieges nicht aufgeben, ihre Kapitäne dürfen aber den Inhalt der ihnen anvertrauten Sendungen nicht kennen lernen und sind daher für denselben nicht verantwortlich zu machen. Die Postdampfer sind daher von verschiedenen Regierungen in Staatsverträgen[2] durch Gleichstellung mit Kriegsschiffen von der Untersuchung entbunden worden.[3] Auch durch einzelne Instruktionen[4] und nationale Postge-

2. Vgl. o. Kap. XIII.

3. Art. 7 des Vertrages zw. England und Frankreich v. 3. IV. 1843 . . . Ces bâtiments seront considérés . . . . comme vaisseaux de guerre, et ils y jouiront des honneurs et privilèges que reclament les intérêts et l'importance du service qui leur est confié . . . . Ils ne pourront être detournés de leur destination spéciale, c'est-à-dire du transport des dépêches, par quelque autorité que ce soit, ni être sujets à saisie-arrêt, embargo ou arrêt de prince. (N. R. G. V. p. 183).

Art. 3 des Vertrages zwischen England und Dänemark v. 26. VI. 1846: When the service is performed by Vessels employed solely for the conveyance of Mails and Passengers and their baggage and effects these Vessels shall be considered as Vessels of War (vgl. Perels I p. 122).

4. Vgl. Instructions for U. S. A. blockading vessels and cruisers (l. c.) § 15: „A neutral vessel carrying hostile despatches . . . is liable to seizure; but not when she is a mail-packet and carries them in the regular and customary manner. — The voyages of the mail-steamers are not to be interfered with except on the clearest grounds of suspicion of a violation of law in respect of contreband or blockade."

setze[5] wird fremden Postschiffen prinzipiell Befreiung von der Visitation gewährleistet und diese auf solche Fälle beschränkt, in denen besondere Verdachtsgründe vorliegen.

Die schon erwähnte Beschlagnahme der deutschen Postdampfer „Herzog", „General" und „Bundesrat" durch England im südafrikanischen Kriege brachte diese Materie zwischen England und dem deutschen Reich zur Sprache, und das Resultat der deutschen Proteste und der gepflogenen Verhandlungen waren englischerseits erlassene Instruktionen, welche den Kommandanten der englischen Kriegsschiffe verboten, Postschiffe unter deutscher Flagge auf blossen Verdacht hin festzustellen und zu durchsuchen. Diese Instruktionen bleiben bis zu einer etwaigen neuen Regelung zwischen beiden Regierungen in Kraft.

Eine allgemeine bindende Vereinbarung dieser Exemption ist jedoch noch nicht erfolgt.[6]

§ 3. Aufhebung der Befreiung für Lazarettschiffe.

Eine singuläre Ausnahmestellung erhielten in den Zusatzartikeln zur Genfer Konvention am 20. 10. 1868 die Lazarettschiffe. Einzuteilen sind diese in:

1. militärische, d. h. allein vom Staate erbaute und eingerichtete Lazarettschiffe;

2. ganz oder z. T. auf Kosten von Privatpersonen oder Hilfsgesellschaften der Kriegführenden ausgerüstete Lazarettschiffe;

3. ganz oder z. T. auf Kosten von Privatpersonen oder Hilfsgesellschaften neutraler Staaten ausgerüstete Lazarettschiffe und

4. andere neutrale Fahrzeuge, welche Verwundete, Kranke oder Schiffbrüchige der Kriegsparteien an Bord genommen haben.

Nach den ersten Vorschlägen der Kommission wurden diese alle neutralisiert; alle, auch die Staatsschiffe, haben

5. Z. B. das portugiesische (vgl. v. Mirbach l. c. S. 71).

6. Vgl. o. Kap. XX Anm 12.

sich der Visitation zu unterwerfen, die, von der gegnerischen Kriegspartei ausgeübt, die auf dem Schiffe befindlichen Kranken und Verwundeten von der weiteren Teilnahme an dem Kriege ausschliesst.

In zweiter Lesung wurden die staatlichen Lazarettschiffe von den anderen getrennt; sie sollten dem Seebeuterrecht unterliegen, von der Partei aber, die sie zur Prise machte, während der Dauer des Krieges zu keinem anderen als dem ursprünglichen Zwecke verwendet werden.

Die Konvention von 1868 wurde nicht ratifiziert; dennoch aber richteten sich Deutschland und Frankreich im Kriege von 1870 und die Vereinigten Staaten und Spanien 1898 nach ihren Sätzen.

Auf der Haager Konferenz wurden diese Grundsätze als „Abkommen betr. die Anwendung der Grundsätze der Genfer Konvention auf den Seekrieg" vom 29. 7. 1899 wieder aufgenommen und gelten nun für die grosse Zahl von Mächten, welche diese Konvention unterzeichnet und ratifiziert haben, also als allgemeines Seekriegsrecht. Gegenüber der zweiten Lesung von 1868 wurde nur die Abänderung vereinbart, dass auch die Staatsschiffe dem Seebeuterecht wieder entzogen wurden. Dafür aber wurden sie der Visitation durch die Kriegsparteien unterworfen.

Die Untersuchung auch Staatsschiffen gegenüber ist in diesem Falle nur ein berechtigtes Aequivalent für die ihnen gewährte Befreiung vom Seebeuterecht, die sonst mangels jeder Kontrolle leicht völkerrechtswidrige Handlungen würde decken können.

Kapitel XXV.

Partikulär bestrittene Exemption: das Convoi-Recht.

Die bisher dargestellten Fälle der Befreiung von völkerrechtlicher Visitation beruhten sämtlich auf dem dauernden Charakter des eximierten Schiffes selbst oder seiner Tätigkeit; es waren: Kriegsschiffe, andere Schiffe des öffentlichen Dienstes, insbesondere Staatspostdampfer, von denen durch partikuläre Abkommen oder Reglements die Befreiung auf andere Postdampfer ausgedehnt ist.

Schliesslich aber gibt es ein Mittel, auch das neutrale Handelsschiff, den wichtigsten Gegenstand des Untersuchungsrechts, von der Visitation zu befreien: die Convoyierung.

§ 1. Schiffe unter eignem Convoi.

Die Einführung des Convoi als Schutzmittel gegen die Visitation und die Konflikte um seine Anerkennung bis zum Anfange des 19. Jahrhunderts sind in früheren Kapiteln (XI bis XII) behandelt worden. Die praktischen und juristischen Grundsätze, mit denen die Rechtswirksamkeit der Convoyierung verfochten wird, haben sich seitdem nicht geändert: ihr Zweck ist, neutralen Handelsschiffen, deren Verhalten völkerrechtlich unanfechtbar ist, den Aufenthalt und die Störungen durch die Visite und etwaige Durchsuchung zü ersparen, den Kreuzern der Kriegführenden anderseits die völkerrechtliche Integritat der convoyierten Fahrzeuge zu garantieren.

Diese Garantie übernimmt der neutrale Staat dadurch, dass er selbst durch seine Organe, durch den Kommandanten des convoyierenden Kriegsschiffs die Handelsschiffe, die er geleiten und schützen will, auf ihre völkerrechtliche Integrität hin genau prüft und, nachdem diese festgestellt ist, — — unter eigener Verantwortlichkeit — — durch die Erklärung jenes Organs, des Convoi-Kommandanten, dem Kriegführenden die Versicherung gibt, dass kein Rechtsgrund zur Aufbringung vorliege.

Nach allgemeiner Rechtsüberzeugung erheischt die Achtung vor dem neutralen Staat, dass dieser Erklärung seines Vertreters der Kriegführende volles Vertrauen erweise und sie als hinreichende Sicherheit betrachte, um von einer eigenen Visitation des Convoi Abstand zu nehmen.[1]

Um so mehr muss diese Erklärung genügen, wenn der Convoi-Kommandant dem Kriegführenden ausserdem seine Convoivollmacht und die Ausweispapiere der Convoischiffe vorlegt,[2] wie einige Staaten ihren Convoi-Kommandanten vorschreiben.

Da aber eine Täuschung des Convoi-Kommandanten durch die Convoyierten nicht völlig ausgeschlossen erscheint, so wird schliesslich dem Kriegführenden das Recht eingeräumt, falls er sich auf einen hinreichenden Verdacht einer solchen Täuschung stützt, die Visitation gemeinschaftlich mit dem Convoi-Kommandanten auszuüben oder mindestens durch diesen ausüben zu lassen.[3]

Von englischer Seite — — und zwar abgesehen von wenigen aus der Zahl der amerikanischen Völkerrechtslehrer[4] nur von englischer Seite — — wird noch wie am Anfang

---

1. So Jouffroy S. 264, Calvo Bd. V S. 233, Perels II § 54, Ortolan Bd. II S. 272 ff., Hautefeuille, Histoire . . . S. 44 ff.

2. Vgl. Bluntschli § 824.

3. Vgl. Bluntschli Anm. zu § 825.

4. Nach Calvo Bd. V, S. 231: Kent, Story, Woolsey.

des 19. Jahrhunderts die Convoyierung als völkerrechtsmässiges Mittel zur Einschränkung des Visitationsrechts nicht anerkannt. Die Engländer halten daran fest, dass das allgemein anerkannte internationale Recht des Kriegführenden auf Visitation neutraler Schiffe nur durch ein internationales Abkommen, an dem der Kriegführende beteiligt sei, aufgehoben oder eingeschränkt werden könne, dass daher die Verpflichtung zur Respektierung des Convoi durch Vertrag begründet werden müsste. Die Autorität der neutralen Staatsgewalt, die sich — — für die eigenen Staatsangehörigen bindend — — ins Mittel lege, könne die völkerrechtliche Befugnis des Kriegführenden nicht beeinflussen.[5]

Ausserdem sei es dem Kriegführenden auch deswegen unmöglich, diese seine Kontrolle durch Visitation den Organen des neutralen Staates selbst zu überlassen, weil vielfach über den Umfang der festzustellenden völkerrechtlichen Delikte, z. B. über den Begriff der Kontrebande, die Auffassungen des Kriegführenden und des Neutralen divergierten, sodass der neutrale Convoi-Kommandant optima fide die Integrität von Handelsschiffen versichern würde, die der Kriegführende bei eigener Visitation aufzubringen berechtigt wäre.

Schliesslich aber wäre, wenn man einmal die Kontrolle durch das Organ des neutralen Staates anerkannte, jeder, trotz der Versicherung des Convoi-Kommandanten, ausgesprochene Verdacht hinsichtlich des Convoi eine Beleidigung des Kommandanten und des von ihm vertretenen neutralen Staates selbst, und würde daher viel schwere Unzuträglichkeiten im Gefolge haben, als selbst eine zu rigorose oder ungerechtfertigte Ausübung des Visitationsrechts, die doch

---

5. Wheaton: Elements p. 607: „ The authority of the neutral sovereign being forcibly interposed cannot legally vary the rights of a lawfully commissioned belligerent cruiser. — The only security known by the law of nations upon this subject, independently of all special covenant, is the right of peronal visitation and search, to be exercised by those who have the interest in making it."

immer nur dem Staats a n g e h ö r i g e n gegenüber zur Genugtuung verpflichtet.

Von diesen Gesichtspunkten aus spricht England der Convoyierung Rechtswirksamkeit gegenüber dem Kriegführenden ab, betrachtet sie als völkerrechts w i d r i g e s Mittel, sich der Ausübung des Untersuchungsrechts zu entziehen und behandelt den Widerstand eines convoyierenden Schiffes gegen die Visitation wie den Widerstand jedes anderen Schiffes, hält sich also in solchem Falle zur Aufbringung sowohl des convoyierenden Kriegsschiffs wie sämtlicher unter seinem Geleit fahrenden Handelsschiffe für berechtigt. Bezeichnend für diese Gleichstellung ist die Ueberschrift in Hollands Manual: Kapitel XIII „Resistance and Convoy".[6]

Trotz dieser Stellungnahme verbat sich England von Japan im chinesisch-japanischen Kriege 1896 die Untersuchung nicht nur der convoyierten, sondern aller englischen Schiffe in den ostasiatischen Meeren, da sie „unter dem Schutz des englischen Geschwader-Kommandanten gestellt worden" seien.

Es wäre erfreulich, wenn dieses Verlangen nicht nur aus dem schon häufig kundgegebenen Anspruch Englands hervorgegangen wäre, mit anderem Masse gemessen zu werden,[7] als es selbst alle anderen zu messen pflegt, sondern einen prinzipiellen Umschwung gegenüber dieser Frage bedeuten sollte, eine Anerkennung von Grundsätzen, die nun seit einem Jahrhundert alle anderen Mächte als Völkerrecht respektieren.[8]

---

6. N. P. L. Art. 148: „Any resistance made by a neutral Convoying Ship to the lawful visit and search of a vessel under her escort will justify the detention both of the convoying ship and of all vessels convoyed by her. ."

7. Vgl. Palmerston's Note an Haiti, o. Kap. XIV Anm. 7.

8. Der Amerikaner Glass (Marine international Law. S. 51) erwartet solches schon 1885: „Whatever may be said of the unquestioned right of search possessed by a belligerent cruiser, ex-

Aber der südafrikanische Krieg, der doch jüngeren Datums ist, als der chinesisch-japanische, hat eine Aenderung der bisherigen englischen Instruktionen in dieser Richtung nicht veranlasst.

Die Prisenreglements und Marineinstruktionen aller anderen Mächte regeln die Convoyierung ausführlich als anerkannte Institution des Seekriegsrechts.

Das Preuss. Prisenreglement von 1864 im § 12,[9] das dänische vom gleichen Jahre im § 14, die österreichische Verordnung im § 9, das italienische Reglement Art. 786 No. 2[10] anerkennen die Exemption neutraler Schiffe, die unter Convoi fahren, von der Visitation und beschränken einem Convoi gegenüber die Formalitäten auf die Entgegennahme einer Erklärung seines Kommandanten bezügl. des völkerrechtlichen Charakters der von ihm convoyierten Schiffe.

---

cept where restricted by treaty provisions, it may presumed that a belligerent would to day hardly insist on the exercise of this right in the case of a neutral vessel under the convoy of a vessel of war of their own country, unless under peculiar circumstances." (cit. bei Perels II, p. 294.)

9. P. P. R. § 12: „Neutrale Schiffe, welche unter Convoi von Kriegsschiffen einer neutralen Macht gehen, sind der Untersuchung nicht unterworfen: es genügt die Erklärung des Befehlshabers des Convoi, dass die Papiere der convoyierten Schiffe in Ordnung sind, und dass dieselben keine Kriegskontrebande an Bord haben."

10. Ital. Regl. Art. 786 Nr. 2: (Il commandante) „non a diritto di visita supra navi mercantili nazionali o neutre scortate da navi militari nazionali o neutre, essendo la dichiarazione del commandante della scorta valida e suffiziente garanzia per accertare la qualità, il carico, la destinazione e l'impiego delle navi scortate (cit. bei Perels II S. 293). Vgl. auch Codice per la marina mercanti'e. . . Art. 218: „Le navi neutrale sotto escorta di navi da guerra sarano esenti da ogni visita. La dichiarazione del commandante del legno da guerra basterà per giustificiare la bandieca ed il carilo delle nave scortate. (cit. Marine-Verord. Bl., l. c.)

Die französische Instruktion von 1870 fordert in Art. 14[11] eine schriftliche Erklärung, ebenso die russische von 1869;[12] ihnen gleicht das Projekt des Instituts;[13] dieser Erklärung gegenüber unterbleiben alle weiteren Massnahmen. Die regulations for the U. S. A. navy von 1870 wie von 1900[14] mahnen ihre Convoi-Kommandanten, die sich bei der Uebernahme von der völkerrechtlichen Integrität ihres Convoi zu überzeugen haben,[15] eine Untersuchung oder Detention ihrer Convoyierten unter keinen Umständen zu dulden. Spanien[16] ver-

11. Französisches Prisenregl. vom 25/7. 1870 Art. 14: „Vous ne visiterez point les bâtiments qui se trouveront sous le convoi de navires de guerre neutres et vous vous bornerez à réclamer du commandant du convoi une liste des bâtiments placés sous sa direction avec la déclaration écrite, qu'ils n'appartiennent pas à l'ennemi et ne sont engagés dans aucun commerce illicite. Si, cependant, vous avez lieu de soupçonner que la réligion du commandant du convoi a été surprise, vous communiqueriez vos soupçons à cet officier qui procéderait seul à la visite des bâtiments suspects." (cit. b. v. Mirbach l. c. S. 79.)

12. Vgl. Perels II S. 295.

13. R. I. P. § 16. „Lorsque les navires de commerce neutres sont convoyés, ils ne seront pas visités, si le commandant du convoi remet au navire du belligérant, qui l'arrête, une liste des navires convoyés, et une déclaration signée par lui et portant, qu'il ne se trouve à leur bord aucune contrebande de la guerre et quelles sont la nationalité et la destination des navires convoyés.

14. U. S. A. navy-regulations, 1870 Art. 1113: „The commanding officer of a convoy is not to permit the vessels under his protection to be searched or detained by any belligerent or other cruiser.

15. U. S. A. navy-regulations von 1870 Art. 990.

16. Spanische Instruktionen 1898 Art. 11: „Handelsschiffe, welche vereint, unter dem Schutze eines oder mehrerer Kriegsschiffe ihrer Nationen fahren, sind gänzlich von den Visitierungen seitens der Kriegführenden befreit, da sie dann der den Kriegsschiffen zustehenden Immunität teilhaftig sind. Da die Bildung

langt, am strengsten von allen, unter ausführlicher Begründung die Respektierung seines Convoi: die convoyierten Schiffe sind der Immunität des Kriegsschiffes teilhaftig; der Convoi-Kommandeur hat keiner Nachforschung Rede zu stehen.

Auch auf den Schutz von Staatsangehörigen der Kriegsallierten dehnen mehrere Mächte, so Russland, Amerika[17] und Oesterreich[18] die Befugnisse ihrer Convoi-Kommandanten aus.

Schiffe unter fremdem Convoi:

§ 2. Convoi dritter Neutraler.

Die Möglichkeit der Ausdehnung der Convoyierung auch auf den Schutz dritter — — nicht verbündeter — — neutraler Staatsangehöriger ist bestritten. Es sind hier zwei Fragen zu beantworten: zunächst, ob die Convoyierung neutraler Handelsschiffe durch ein einer anderen neutralen Macht angehörendes Kriegsschiff überhaupt völkerrechtlich zu-

---

eines solchen Schiffszuges eine Massregel ist, welche von der Regierung des Staates ausgeht, dem die begleitenden Schiffe angehören, so ist auch als feststehend anzunehmen, dass diese Regierung nicht nur keinen Betrug zulassen, sondern auch die wirksamsten Anordnungen getroffen haben wird, um zu verhindern, dass von irgend einem der angeschlossenen Schiffe ein solcher begangen werden kann.

Es ist deshalb ausgeschlossen, dass der Kriegführende sich an den Chef des Geleits wendet, um zu erfahren, ob er die Neutralität der unter seiner Obhut fahrenden Schiffe und der von ihnen beförderten Ladungen gewährleistet." (Nordd. Allg. Zeit. l. c.)

17. U. S. A. navy regulations, 1900 Art. 297: „He (the commander in chief) shall afford protection and convoy so far as it is within his power to merchant vessels of the U. S. and to those of allies.

18. Oesterr. Verord. 1879 III Nr. 1451, Satz 2: . . . Die Kauffahrer einer im Kriege alliierten Macht sind betr. Convoyierung ebenso wie die eigenen Kauffahrer zu behandeln.

lässig sei. — — „L'affirmation ne peut paraître douteuse;"[19] denn dadurch, dass der Neutrale sich unter den Schutz eines anderen Neutralen stellt, verletzt er nicht seine Neutralitätspflicht, nicht die Rechte des Kriegführenden, wofern man nicht — — der englische Standpunkt! — — im Eintritt in einen Convoi überhaupt eine Verletzung des Untersuchungsrechts sieht. Feindlicher Behandlung, der Aufbringung also, setzt sich der Neutrale durch die blosse Tatsache fremder Convoyierung nicht aus.

Die weitergehende zweite Frage aber ist, ob diese Tatsache ihm einen Anspruch auf günstigere Behandlung vom Kriegführenden gibt, ob die Erklärung des fremden Convoi-Kommandanten wirksam sei, die Rechtskraft habe, ihn von der Visitation durch den Kriegführenden zu befreien. Luchesi Palli bejaht dies Ortolan[20] zufolge unbedingt; aber man kann unmöglich die Rechtswirksamkeit der fremden Convoyierung schlechthin behaupten, muss diese vielmehr gerade im Prinzip bestreiten, weil der fremde Convoibefehlshaber nicht eigenmächtig Garantie für die Schiffe fremder Flagge gewähren, sein Souverän nicht eigenmächtig die Verantwortung für fremde Staatsangehörige übernehmen kann, die nicht seiner Strafgerichtsbarkeit unterstehen, und weil die eigne Regierung der Convoyierten die Verantwortung nicht übernommen hat. Hautefeuille[21] entwickelt dies ausführlich, und die meisten Autoren[22] teilen seinen Standpunkt. Näher läge es übrigens m. E., anstatt, wie Hautefeuille (l. c.), die Convoyierung durch fremde Macht als „Delegation der Instruktion an den anderen Souverän" (des Convoyierten) zu kon-

---

19. So Hautefeuille: Histoire . . S. 49, Perels I S. 308; Calvo Bd. II S. 235 ff.

20. „Principes du droit public maritime," vgl. Ortolan, l. c. S. 275.

21. Hautefeuile: Droits et devoirs . . . Bd. III S. 147 ff.

22. Ortolan l. c. S. 275, Calvo Bd. V l. c.

struieren, umgekehrt in ihr die Delegation des Schutzrechts über die eigenen Staatsangehörigen an den anderen (convoyierenden) Staat zu sehen. Dies führt dann freilich zu einer Einschränkung der Ansicht, welche die Wirksamkeit fremder Convoyierung für alle Fälle negiert, und zwar hinsichtlich einer Convoyierung auf Grund von allgemeiner Instruktion oder von Vertrag. Denn m. E. müssen für das Verhalten des Kriegführenden nicht allein die eigenen Beziehungen zu der convoyierenden Macht, welche Perels (l. c.) mit Recht als wesentlich hervorhebt, ausschlaggebend sein, sondern auch die Beziehungen zwischen den beiden neutralen Staaten sind für ihn von Bedeutung:

Wenn auch die Versicherung eines Convoi-Befehlshabers für irgend ein fremdes Schiff, das sich in irgend einem Hafen unter sein Geleit begeben hat, dem Kriegführenden nicht die ausreichende Gewähr geben mag, so ist doch eine solche geboten, wenn die allgemeine Instruktion des Staates, dem der Befehlshaber angehört, die Convoyierung anderer Neutraler unter den gleichen Kautelen wie die eigener Staatsangehöriger zulässt und regelt. Denn dann hat dieser Staat hierdurch die Verantwortung auf sich genommen und haftet seinerseits dem Kriegführenden bei dem Nachweise einer Schädigung oder Täuschung, auch von Seiten der fremden Staatsangehörigen. Und ebenso übernehmen Staaten durch vertragsmässige Vereinbarung gegenseitiger Convoyierung auch die Pflicht zur „Sorgfalt eines ordentlichen Convoyierenden," die Verantwortung für den fremden Convoi nicht nur gegeneinander, sondern auch gegen jeden möglichen Kriegführenden im selben Masse wie für den eigenen Convoi. So erscheint in diesen Fällen die Missachtung der Erklärung des fremden Convoi-Kommandanten ebenfalls als ein Misstrauen gegen die Sorgfalt und die Loyalität des von ihm vertretenen Staates, der eine Verpflichtung durch sein Ge-

setz bezw. durch Vertrag, wenn auch nicht unmittelbar gegenüber dem Kriegführenden übernommen hat.

In der Praxis freilich hat sich die Convoyierung durch fremde neutrale Macht noch wenig Wirksamkeit verschaffen können. Durch Abkommen ist sie zunächst für die Dauer eines bestimmten Krieges,[23] später allgemein für die Schiffe der Vertragsmächte[24] anerkannt worden; jedoch die meisten modernen Reglements verhalten sich noch ausdrücklich ablehnend dagegen.[25] Jede neutrale Convoyierung aber respektiert das Preuss. Prisenreglement[26] und somit heute auch das Deutsche Reich.

§ 3. Convoi einer Kriegspartei.

Der früher (Kap. XII, Ende) erwähnte Konflikt zwischen den Vereinigten Staaten und Dänemark im Jahre 1810 lenkte zuerst die Aufmerksamkeit auf die Frage nach der Behandlung einer Convoyierung durch Kriegsschiffe der feindlichen Kriegspartei.

Die Frage nach der befreienden Wirkung des Convoi taucht hier natürlich gar nicht mehr auf. Es wäre

---

23. 1781 verpflichten sich Russland, Dänemark und Schweden zur Convoyierung preussischer Handelsschiffe für die Dauer des derzeitigen Krieges (Vgl. Perels II S. 296).

24. Z. B. der Vertrag zwischen den Vereinigten Staaten und Columbien, 1824 Art. 20. . . „Lorsque ils seront convoyés, la déclaration du commandant suffira pour attester que les bâtiments sous sa protection appartiennent à la nation dont ils portent le pavillon.“ (N. R. G. II S, 412.)

25. Vgl. z. B. Oesterr. Verord. 1879 III Nr. 1451. „Die Kauffahrer einer kriegführenden Macht, zu welcher die Monarchie in neutralem Verhältnis steht, und die Kauffahrer anderer neutraler Mächte dürfen von S. M. Kriegsschiffen nicht in Convoi genommen werden, es wäre denn, dass dies zu tun ausdrücklich höhere Weisungen vorliegen, oder besondere Verhältnisse . . . dies rätlich und tunlich erscheinen lassen.“

26. P. P. R. § 12 (Vgl. o. Anm. 9).

unbillig, zu verlangen, dass der Kriegführende sich damit zufrieden geben sollte, dass der Gegner ihn versichert, der Neutrale, der sich unter seinen Schutz gestellt hat, habe keine Absicht, ihn zu fördern, keine Absicht, die Rechte des Anderen zu verletzen. Und niemand zieht in Zweifel, dass gerade feindlicher Convoyierung gegenüber die Visitation in vollem Umfange berechtigt ist.[27]

Viele Autoren setzen den blossen Eintritt in feindlichen Convoi dem aktiven Widerstande gegen die Visitation gleich, einem Neutralitätsbruch, der ohne weitere Gründe zur Aufbringung des Kauffahrers berechtigt.[28]

Der Tatbestand entspricht aber nicht dem Widerstande, sondern der Flucht vor der Untersuchung, die zwar auch rechtswidrig, aber doch in ihren Rechtsfolgen vom Widerstande zu unterscheiden ist (vgl. o. Kap. VI, § 1). Denn auch hier setzt das Handelsschiff der Ausübung des Untersuchungsrechts nicht Gewalt entgegen, sondern flüchtet vor ihr unter einen Schutz, der nicht einmal so absolut zuverlässig die Visitation vereitelt, wie die Unverletzlichkeit neutralen Gewässers, welches das Schiff auf der Flucht erreichen kann. Die feindliche Convoyierung ist daher nicht an sich als ein Rechtsgrund zur Aufbringung anzusehen, sondern begründet vielmehr — wie die Flucht vor der Visitation — nur die Rechtsvermutung, dass ein solcher Grund vorliege, eine Vermutung, die durch die tatsächlich durchgesetzte Visitation noch widerlegt werden kann.[29] Dass der Eintritt

---

27. Perels II o. 296, Ortolan l. c. S. 275, Gessner: Le droit des neutres sur mer p. 312 ff.

28. Lawrence l. c. p. 575: „The act of sailing under belligerent convoy is itself a violation of neutrality, and the vessel which is guilty of it, may be condemned by a prizecourt even though her voyage would have been perfectly innocent, had she persued it alone.“ — Ebenso Perels II l. c., Walker S. 503.

29. Vgl. Calvo V. S. 237, Wheaton Bd. II S. 192 ff, Ortolan l. c. p. 277, Gessner l. c.

in feindlichen Convoi eine delikusche Handlung sei, darf freilich nicht geleugnet werden, aber seine ausreichende Ahndung liegt, wenn nicht aus anderen Gründen die Aufbringung erfolgt, darin, dass das schliesslich untersuchte Schiff — wie wenn es geflohen wäre — trotz seiner sonstigen völkerrechtlichen Integrität allen Schaden zu tragen hat, den ihm die gewaltsame Durchsetzung der Visitation verursacht hat.[30]

Auch in der Beurteilung der feindlichen Convoyierung aber muss man die Fälle, in denen sie auf Grund nationaler Instruktion des neutralen Staates oder auf Grund vertragsmässiger Vereinbarung mit der kriegführenden Macht beruht, von den übrigen trennen,[31] hier jedoch mit den entgegengesetzten Konsequenzen wie beim Convoi dritter Neutraler. Wie ein Schiff volle Sicherung nur durch ein auf Instruktion oder Vertrag gegründetes neutrales Geleit beanspruchen kann, so hat es nur unter einem auf Instruktion oder Vertrag gegründeten feindlichen Geleit die volle Schwere der Rechtsfolgen eines Neutralitätsbruches zu tragen. Denn eine Instruktion oder ein Abkommen des neutralen Staates, das seine Angehörigen dem Convoi einer der Kriegsparteien anvertraute, wäre ein Neutralitätsbruch gegenüber der anderen kriegführenden Macht und würde diese allerdings zur Aufbringung aller auf Grund der Instruktion oder des Vertrages convoyierten Schiffe des Neutralen be-

———

30. Vgl. Ortolan l. c. S. 278 „. . . Un pareil convoi ne peut, dans tous les cas, exempter de la visite. Mais si le neutre se joint en pleine mer à un ou à plusieurs navires de guerre belligérants et navigue de conserve avec ces navires . . . . . dans la seule espérance de pouvoir échapper pacifiquement et par la fuite à la visite, ... c'est là de sa part une ruse innocente qui ne peut lui être imputée à délit et qui ne peut, à elle seule, entrainer la confiscation.“

31. Vgl. Hautefeuille Bd. III S. 151 ff.

rechtigen, ohne Rücksicht auf den völkerrechtlichen Charakter ihres sonstigen Verhaltens, als nächste Repressalie gegenüber dem Neutralitätsbruch ihres Staates.

Ein noch schwererer Bruch er Neutralitätspflicht läge natürlich im umgekehrten Falle, in der instruktions- oder vertragsmässigen Convoyierung eines Handelsschiffes einer Kriegsmacht durch das Kriegsschiff eines Neutralen; diese Convoyierung müsste, schon um die durch sie rechtswidrig behinderte Untersuchung und Aufbringung des Handelsfahrzeuges feindlicher Nationalität zu erzwingen, zur Gewalt gegen das seinen Convoi schützende Kriegsschiff und somit zur Eröffnung der Feindseligkeiten gegen den neutralen Staat führen.

Ausgangskapitel.

Wenn man die gesamte Entwickelung des behandelten Rechts bis zu seinem ersten Auftauchen als bewusster Begriff rückschauend überblickt, so drängt sich als wichtigstes, am stärksten auf die Weiter- und Höher-Bildung weisendes Moment immer wieder die Tatsache der Uebertragung des Visitationsrechts auf die Friedenszeit auf, die Tatsache, dass ein Recht, das bis dahin — von einer Einzelform abgesehen — dem alleinigen Interesse des Kriegführenden zum Schaden der gegnerischen oder unbeteiligter Mächte, oder wenigstens ihrer Angehörigen, diente, durch Verträge dem grösseren Zwecke internationaler Kulturaufgaben dienstbar gemacht wurde. Das Ergebnis dieser Nutzbarmachung, die Mitwirkung des Untersuchungsrechts im Dienste und zur Sicherung der auf möglichst umfassender Basis geordneten als der einzigen Freiheit der Einzelnen und der Völker auf dem Meere verliert nicht dadurch an Wert, dass sie ursprünglich vielleicht in weniger eigennützigen Motiven wurzelte, die Förderung eines Einzelinteresses decken sollte.

So bedeutet das Untersuchungsrecht des Friedens unbedingt einen kulturellen Fortschritt gegenüber dem kriegsrechtlichen, das, während jenes sich durchsetzte, prinzipiell gleich geblieben und — nur mit einer wesentlichen Einschränkung seines Ausübungsumfanges — nach wie vor vom positiven Völkerrecht anerkannt ist.

Wenn heutige Autoren über dieses, das Visitationsrecht im Kriege, nicht mehr in so scharfen Worten schreiben, nicht mehr so heftige Anklagen dagegen richten, wie es vor

hundert Jahren — z. B. von Seiten Bornemann's — ja noch vor fünfzig Jahren — z. B. von Hautefeuille — geschehen ist, so liegt dies doch nur zum Teil daran, dass der Kaperei, die dieses Recht zum krassesten Unrecht ausnutzte, inzwischen ein Ende gemacht worden ist, dass auch andere Uebergriffe aufgehört und die Ausübungsgrenzen in mehreren Beziehungen enger gezogen worden sind. In erster Reihe ist es die Folge der veränderten völkerrechtlichen Betrachtungsweise, die Folge davon, dass wir Institutionen, die vor einigen Generationen noch als Verletzung der Grundprinzipien des göttlich unveränderlichen natürlichen Rechts gebrandmarkt wurden, heut als geschichtliches Produkt der Entwickelung, als notwendig so geworden ansehen und nüchtern im System des Rechts zu rubrizieren fähig sind. Auf diesem objektiven Standpunkt abseits von ethischer Wertung stand naturgemäss auch die vorangehende Darstellung.

Auf Grund dieser selben nüchternen Objektivität aber, welche die historische Betrachtungsweise verleiht, muss man die Schriften jener streitbaren Publizisten als notwendige Reaktion gegenüber der Ausübungsform des Untersuchungsrechts zu ihrer Zeit ansehen und kann dann nicht, wie es Calvo unter dem Eindrucke der pathetischen Wendungen Bornemann's tut, solchen Autor einfach als phantastischen Utopisten abtun, der den Boden realer Tatsachen verloren habe.

Denn Bornemann bekämpft nicht das Visitationsrecht als Einzelerscheinung, sondern in ihm seine Grundlagen und Ursachen und Zwecke. Und wenn man auch die kriegsrechtliche Visitation an sich als notwendiges Entwickelungsresultat anerkennt, kann man dennoch nicht leugnen, dass es eben als solches ein Symptom für Mängel und Unvollkommenheiten ist, am Wege der Menschheit ein Meilenstein, der, wie gross auch der zurückgelegte Weg sei, der auf ihm verzeichnet ist, doch mahnend noch unvergleichlich viel weiter vorwärts und aufwärts weist.

Denn das Visitationsrecht im Kriege beruht zum Teil auf dem Seebeuterecht, das schon lange als Rest vergangener, überwundener inhumaner Kriegführung empfunden, und dessen Beseitigung schon mehrmals — auch von Staaten — angestrebt worden ist, dessen Aufrechterhaltung die Vereinigten Staaten vom Beitritt zur Pariser Deklaration ferngehalten hat. Zum anderen Teil gründet es sich auf die Häufigkeit von Neutralitätsverletzungen neutraler Staatsangehöriger einerseits und auf das Misstrauen der kriegführenden Regierung andererseits gegen die Sorgfalt und den guten Willen der neutralen Regierung, solche Verletzungen seitens ihrer eigenen Staatsangehörigen zu unterdrücken, ein Misstrauen, das zu oft sich als gerechtfertigt erwiesen hat.

Und darum greift Bornemann — und mit Recht — nicht das Visitationsrecht an sich, sondern seine Wurzeln, das Seebeuterecht und den Kontrebandehandel an.

Auch seine Vorschläge zur Beseitigung und Ersetzung des Untersuchungsrechts enthalten einen durchaus praktischen Kern, wenn er auch in Einzelnem, getragen von der Idee der Civitas Maxima, sich zu Utopien versteigt, so zu dem Wunsche, alle einzelnen nationalen Handelsflaggen durch eine einzige von den Handelsschiffen aller Staaten zu führende allgemeine Friedens- und Handelsflagge zu ersetzen. Keine Handelsgrossmacht wird — trotz der völkerrechtlichen „Gleichstellung aller souveränen Staaten“ — ihre Handelsschiffe unter gleicher Flagge wie die irgend einer kleinen Negerrepublik sehen wollen. Zum Verzicht auf die umfangreichsten Ansprüche verstehen sich Individuen wie Völker leichter, als zur Hingabe eines durch die Geschichte gewerteten Symbols.

Bornemanns realere Vorschläge sind durchaus ernst zu nehmen; von ihnen geht die folgende Entwickelungsreihe aus.

Sobald erst die Wirksamkeit der Convoyierung durch allgemeines Völkerrecht unbestritten anerkannt, also der

Ersatz der persönlichen Visitation seitens des Kriegführenden in der Garantieerklärung eines Beamten der neutralen oder der ihr durch Vertrag gleichgesetzten Macht gefunden ist, einer Erklärung, mit deren Anerkennung heut allerdings noch eine — — und eine in seerechtlichen Fragen ausschlaggebende — Macht zurückhält, führt tatsächlich nur ein weiterer Schritt dazu, die Verpflichtung zur sorgfältigen Prüfung des Handelsschiffes, die heut dem Convoibefehlshaber, ehe er seine Garantieerklärung abgiebt, bei Antritt der Reise schon, obliegt, auf die Zoll- oder Hafenbehörden zu übertragen, die auch ohne diese in Ausübung ihrer eigensten Amtsbefugnisse vielfach die ein- und auslaufenden Schiffe zu visitieren haben.

In jedem Hafen jeder Macht wäre während der Dauer eines Krieges jedes ein- oder auslaufende Schiff von der Behörde — — der neutralen, die nicht wie der Kriegführende unmittelbar eigenen materiellen Interessen mit dieser Prüfung dient — — auf seinen neutralen Charakter hin zu visitieren.

Das neutralitätsbrüchige Schiff wäre im Hafen zurückzuhalten und vor ein — — in jedem wichtigen Hafen zu unterhaltendes — — internationales Tribunal zu bringen, welches jedoch nie Aufbringung zu Gunsten des Kriegführenden, sondern eine anderweite, universell gleich zu regelnde Bestrafung zu verhängen hätte.

In die Register des Schiffes, dessen völkerrechtliche Integrität festgestellt ist, wäre in jedem Hafen nach neuer Prüfung eine neue diesbezügliche amtliche Bescheinigung — — wie heut von Seiten des Visitationsoffiziers — — einzutragen. Die fortlaufende Reihe von Visitationen würde dennoch dem Schiff verhältnismässig geringe Verzögerung verursachen, weil dieselben stets während eines auch ohne sie eingetretenen freiwilligen Aufenthalts, im Hafen, nicht aber — — wie jetzt — — mitten auf der Fahrt vorgenommen würden.

Der Einsicht des Kriegführenden hätte das Handelsschiff dann, auf hoher See angehalten, nur diese eine Urkunde bezw. die in einer Sammlung enthaltene zusammenhängende Reihe

von Urkunden gleicher Art zu unterbreiten. Die Möglichkeit der Täuschung oder einer Fälschung der Papiere wäre durch die Notwendigkeit eines folgerichtigen Zusammenhanges in der Reihe der verzeichneten Häfen sehr erschwert. Denn die geglückte Täuschung einer Hafenbehörde, bezw. die Fälschung der einen Beglaubigung würde bereits im nächsten Anlegehafen nachgeprüft und entdeckt werden können. Es müssten denn zur Täuschung des Kriegführenden sämtliche vorgezeigte Urkunden mit den erforderlichen Unterschriften und Stempeln überzeugend gefälscht sein.

Der Einwand liegt hier nahe, dass dies Verfahren eine neue Belästigung der Handelsschiffe einführe, ohne die alte aufzuheben. Die dargestellte Nachprüfung durch das Kriegschiff aber wäre nur für die Uebergangs-, für die Bewährungszeit des neuen Verfahrens notwendig. Denn eine fortlaufende und gegenseitige Kontrolle durch alle Küstenstaaten muss, wofern ihre Behörden nur die notwendige Sorgfalt und die in noch höherem Grade notwendige bona fides walten lassen, dem Kriegführenden eine genügende Garantie für die Vermeidung des Kontrebandehandels zur See und der ähnlichen Delikte bieten, die allein der Visitation gegenüber Neutralen einen Rechtsgrund verleihen.

Dürfen aber auf Grund der Erfahrungen einer gewissen Zeitspanne die Staaten überzeugt sein, dass diese Hafenkontrolle sich als ausreichend bewährt habe, um die befehdeten Neutralitätsverletzungen zu hindern, so kann getrost, während diese international — — durch das Zusammenwirken der Verwaltungs- und Gerichtsbehörden aller Staaten — — durchgeführte Institution bestehen bleibt, jene auf See vorgenommene Nachprüfung durch die Kriegsschiffe des Kriegführenden selbst auch wegfallen. Und die Visitation als Ausübung einer Kriegsbefugnis durch die kriegführende Macht selbst gegenüber den Neutralen, mit dem Ende eines positiven materiellen Vorteils für den Kriegführenden im Falle der erwiesenen Berechtigung, wäre

durch Fortfall ihres nächsten Anlasses beseitigt. — Die Visitation gegenüber dem Handelsschiff feindlicher Nationalität steht und fällt mit dem sich überlebenden Seebeuterecht.

Freilich müssten beim Fortfall des kriegsrechtlichen Untersuchungsrechts die neutralen Staaten die völkerrechtliche Verantwortung für die Völkerrechtsdelikte, die etwa dennoch von ihren Staatsangehörigen oder auch von den durch ihre Behörden untersuchten Schiffen fremder neutraler Flagge begangen werden, vor den Kriegsmächten übernehmen. Freilich müssten alle Staaten im Interesse des allgemeinen Rechts der Völker endlich aufhören, als Neutrale Völkerrechtsbrüche ihrer Staatsangehörigen durch schweigende Duldung zu begünstigen im Hinblick auf den augenblicklichen Handelsvorteil und auf die Möglichkeit, als Kriegführende einmal ihrerseits aus den gleichen Völkerrechtsbrüchen Nutzen zu ziehen. Freilich ist die höchste Sorgfalt und die strengste Loyalität aller Regierungen in der Unterdrückung des Kontrebandehandels der eigenen wie fremder Staatsangehörigen sowie das gegenseitige Vertrauen in diese Loyalität, die beide wechselwirkend einander heben müssen, zur Verwirklichung dieser Entwickelungsmöglichkeit notwendig, die aber als solche nicht bestritten werden kann.

Es ist eine Stufe, von der uns noch ein Stück Aufwärts-Entwicklung der Menschenvölker trennt, eine Stufe, die wie jede nur so lange Ziel bleibt, bis sie erklommen ist, und hinter und über der wieder ein höheres Ziel steht: das Ende der letzten Ursachen, der fundamentalen Begriffs- und Ausübungsbedingungen des kriegerischen Untersuchungsrechts, wie jeder anderen kriegerischen Befugnis: — das Ende des Krieges.

Literatur.

Annuaire de l'institut de droit international. Brüssel 1888. Bd. IX.

Bergbohm: Die bewaffnete Neutralität von 1780. Dorpat 1883.

Bluntschli, I. C.: Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt. Nördlingen 1878.

Bonfils, H.: Manuel de droit international public. Paris 1901.

Bornemann, J. H.: Ueber die gebräuchliche Visitation der neutralen Schiffe und über die Convoi. Kopenhagen 1801.

Bowles, Th. G.: The declaration of Paris of 1856. London 1900.

Calvo, Ch.: Le droit international théorique et pratique. Paris 1896.

Castel, B.: Du principe de la liberté des mers et ses applications dans le droit commun international. Toulouse 1900.

Croke, A.: Remarks on Mr. Schlegels work upon the visitation of neutral vessels under convoy. London 1802.

Dupuis, Ch.: Le droit de la guerre maritime d'après les doctrines anglaises contemporaines. Paris 1899.

Engelbrecht, J. A.: Corpus juris Nautici oder Sammlung aller Seerechte. Lübeck 1792.

Gessner, C.: Kriegführende und neutrale Mächte. Ein Beitrag zur Reform des internationalen Rechts in Kriegszeiten. Berlin 1877.

— Le droit des neutres sur mer. Berlin-Paris-London 1865.

— Zur Reform des Seekriegsrechts. 1875.

Grund, F. I.: Das Untersuchungsrecht. Leipzig 1842.

Hautefeuille, L. B.: Histoire des origines, des progrès et des variations du droit maritime international. Paris 1858.
— Des droits et des devoirs des nations neutres en temps de guerre maritime. Paris 1849.
Heffter, A. W.: Das europäische Völkerrecht der Gegenwart. Berlin 1873.
Heinze, W.: Die Beschlagnahme der deutschen Postdampfer durch die Engländer. Heidelberg 1900.
Holland, T. E.: A manual of naval prize law. London 1888.
Holtzendorff, Fr. v.: Handbuch des Völkerrechts. Hamburg 1887.
Hosack: On the rise and growth of the law of nations. London 1882.
Jouffroy: Droit des gens maritime universel. Paris 1806.
Lawrence, W. B.: Visitation and Search, or an historical sketch of the british claim to exercise a maritime police over the vessels of all nations in peace as well as in war. Boston 1858.
Léonard, Fr.: Recueil des Traitez de Paix, de Treve, de Neutralité, de Confederation, d'Alliance et de Commerce, faits par les Rois de France — — Bd. IV., Paris 1693.
Liszt, Fr. v.: Das Völkerrecht. Berlin 1898.
Marine-Rundschau, 1899, Heft 8/9: Instructions to blockading-vessels and cruisers of the U. S. navy.
Marine-Verordnungs-Blatt, 1874, Beiheft 10: Visitation.
Martens et Cussy, Recueil manuel et pratique de traités et conventions. Leipzig 1888 ff.
Martens, Fr. v.: Völkerrecht, Berlin 1883.
Martens, G. Fr. de: Recueil des principaux traités d'Alliance, de Paix, de Trêve, de Neutralité etc. conclus par les Puissances de l'Europe . . . depuis 1761 jusqu' à présent. Göttingen, 1791 ff.
Martens-Murhard-Samwer: Nouveau Recueil Général de Traités etc. Göttingen, 1843 ff.
Massé, M. G.: Le droit commercial dans ses rapports avec

le droit des gens et le droit civil. III. Ed. Paris 1874.
Mirbach, W. v.: Die völkerrechtlichen Grundsätze des Durchsuchungsrechts zur See. Berlin 1903.
Nau, B. S.: Grundzüge des Völkerrechts. Hamburg 1802.
Ortolan, M. Th.: Règles internationales et diplomatie de la mer, Paris 1864.
Perels, F.: Das internationale öffentliche Seerecht der Gegenwart. Berlin I. Aufl. 1882, II. Aufl. 1903.
Peuchet, J. (Lampredi-): Du commerce des neutres en temps de guerre, Paris 1802.
Regulations for the government of the U. S. Navy. Washington 1870, 1900.
Revue de droit international et de législation comparée. Brüssel 1890, Bd. XXII.
Rivier, A., Lehrbuch des Völkerrechts. Stuttgart 1899.
Rymer, Th.: Foedera, Conventiones, Literae et cuius-cunque generis Acta publica inter Reges Angliae et alios quosvis Imperatores, Reges, Pontifices vel Communitates ab a. 1101 ad nostra usque tempora. — Editio Tertia, Haag-London 1740 ff.
Schuyler: American diplomacy and the furtherance of commerce. New-York 1886.
Takahashi, Sakuyé: Völkerrechtlich bedeutsame Vorkommnisse im chinesisch-japanischen Kriege. München 1900.
Walker, The science of international law. London 1893.
Wheaton, H.: Elements of international law; ed. by Boyd. London 1880.

Abkürzungen.

Annuaire: A. de l'Institut de droit international, Brüssel.
N.P.L.: Holland, T. E., A manual of Naval Prize Law, London 1888.
N.R.G.: Martens-Murhard-Samwer, Nouveau recueil général de traités, Göttingen.
P.P.R.: Preussisches Prisenreglement, 1864.
Revue: Revue de droit international, Brüssel.
R.G.Bl.: Reichsgesetzblatt.
R.I.P.: Règlement International de Prises Maritimes, adopté par l'Institut de droit international, Brüssel 1888.
R.T.: Martens, G. Fr. de, Recueil des principaux traités, Göttingen.
R.U.S.N.: Regulations for the government of the U.S. Navy, Washington 1870, 1900.

Völkerrechts- und Seerechts-Lehrbücher sind ohne Titel, nur mit dem Namen des Verfassers zitiert.

E. Ebering G. m. b. H., Berlin NW.

Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien

veröffentlicht

von

Dr. Emil Ebering.

Heft XXIX.

Die Nachlasspflegschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Pflegschaft über ein selbständiges Sondervermögen, zugleich der Versuch einer Grundlegung für eine Lehre von den Quasipersonen. Von Dr. Hans Goldschmidt.

Berlin 1905.

Die Nachlasspflegschaft

des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Pflegschaft über ein selbständiges Sondervermögen, zugleich der Versuch einer Grundlegung für eine Lehre von den

Quasipersonen.

Von

Dr. Hans Goldschmidt.



BERLIN
Verlag von E. Ebering
1905.

Dem Andenken meines Vaters.

Die Einleitung und die beiden ersten Hauptteile der vorliegenden Abhandlung sind bereits erschienen. Sie sind als Berliner Doktordissertation gedruckt worden.

Jetzt, bei der Veröffentlichung der ganzen Abhandlung, ergreife ich die Gelegenheit, um Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Hellwig für die Anregung zur vorliegenden Arbeit und für die vielfache Unterstützung bei ihrer Anfertigung meinen verehrungsvollsten Dank auszusprechen.

Berlin, im Juli 1905.

Der Verfasser.

Verzeichnis
der wichtigsten angezogenen Gesetzesbestimmungen des geltenden deutschen Rechts.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Zivilprozessordnung.

Handelsgesetzbuch.

Konkursordnung.

Zwangsversteigerungsgesetz.

Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Grundbuchordnung.

Strafgesetzbuch.

Strafprozessordnung.

Reichsgesetz vom 31. Mai 1891.

Preussisches Gesetz vom 20. Juli 1883.

Reichsgesetz vom 30. März 1903.

Reichshaftpflichtgesetz.

Vertrag zwischen Deutschland und Brasilien (Bek. v. 24. 9. 99.)

Disposition.

Einleitung.

§ 1.

Wie der gewählte Titel ergibt, ist es der eigentliche Zweck der vorliegenden Abhandlung, das Wesen der Nachlasspflegschaft des BGB. § 1960 ff. festzustellen.

Bei dem eingenommenen Standpunkt liegt es in der Natur der zu seiner Begründung erforderlichen Ausführungen, dass Fragen aufgeworfen und behandelt werden müssen, deren Bedeutung weit über diejenigen von gewöhnlichen Vorfragen einer Einzeluntersuchung hinausgeht. So ist es vor allem erforderlich, die Lehre Hellwigs von den selbständigen Sondervermögen genau zu erörtern. Diese Untersuchung führt dann zu einer bisher noch nicht aufgestellten Lehre: zu der von den Quasipersonen. Diese Lehre hat im Titel eine besondere Erwähnung gefunden.

Alle diese Erörterungen gehören streng zum Hauptthema. Dies soll bezüglich der Lehre von den Quasipersonen durch den Zusatz des Wortes „zugleich“ im Titel ausgedrückt werden. So ist es die Untersuchung der Nachlasspflegschaft, welche — weil ihre Durchführung die Lösung so wichtiger Fragen voraussetzt — eine grosse Bedeutung prinzipieller Natur besitzt.

Erster Hauptteil.

Vormundschaft, Pflegschaft und Nachlass-pflegschaft.

§ 2.

Die Nachlasspflegschaft ist, wie der Name sagt, eine Pflegschaft.

Wenn dies auch — so vor allem von Dernburg[1] — bestritten wird, so ist es doch herrschende Ansicht;[2] und zwar u. E. mit Recht. Dafür spricht zunächst die Entwicklung des Instituts der Nachlasspflegschaft bei der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Der Entwurf I bestimmte in § 2060:

> „Auf die Nachlasspflegschaft finden die Vorschriften über die Pflegschaft Anwendung, soweit nicht . . . ein Anderes bestimmt ist".

Der Wortlaut dieses Paragraphen sprach dafür, dass die Nachlasspflegschaft keine eigentliche Pflegschaft sei, sondern dass nur die Bestimmungen derselben Anwendung fänden.[3] Gemeint war dies wohl nicht, wie auch aus den

---

1. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht, Bd. IV S. 406. Er betont, dass die Nachlasspflegschaft im BGB Buch V behandelt wird. Vgl. hierzu auch Fuchs, Deutsch. Vormundschaftsrecht, S. 269, und Philler, Das Vormundschaftsrecht des BGB, Vorbemerkung vor § 1909.

2. Vgl. Planck, Kommentar zum BGB, Vorbemerkung vor § 1942 III, 5 b.

3. Ueber den Unterschied, der darin liegt, vgl. unten § 53.

Motiven hervorgeht.[4] Um jedes Missverständnis zu vermeiden, wurde dann in der II. Kommission — genauer, in der Redaktionskommission — die Vorschrift des § 2060 als selbstverständlich gestrichen.[5] Hierbei war, wie aus den Protokollen[6] ersichtlich ist, gerade auch die Erwägung massgebend, dass die Nachlasspflegschaft ihrem Wesen nach eine Pflegschaft sei.

Aber auch ganz abgesehen von dieser Entstehungsgeschichte muss man zu demselben Ergebnis gelangen.

Erstens ist es bei der technischen Vervollkommnung des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht ohne die zwingendsten Gründe vorauszusetzen, dass zwei grundsätzlich verschieden geartete Institute denselben Namen führen; wäre dies doch ein schwerer Fehler der Gesetzestechnik.

Zweitens[7] spricht dafür auch der materielle Inhalt des Gesetzes. Der § 1962 BGB. bestimmt, dass für die Nachlasspflegschaft an die Stelle des Vormundschaftsgerichts das Nachlassgericht tritt. Die Worte „an die Stelle des Vormundschaftsgerichts“ wären nicht verständlich, wenn die Nachlasspflegschaft nicht sonst als Pflegschaft betrachtet würde; denn nur infolge dieser Auffassung wäre das Vormundschaftsgericht an sich zuständig, und bedarf es einer solchen, sich selbst als Ausnahme bezeichnenden Bestimmung, wie der des § 1962.[8]

---

4. Motive z. Entw. I BGB Bd. V S. 548: „Da die Nachlasspflegschaft eine cura personae, nicht eine cura rei ist, müssen die Vorschriften der §§ 1738 ff im allgemeinen auf diese Pflegschaften anwendbar sein.“ Daraus geht hervor, dass der Grund der Anwendbarkeit darin liegt, dass die Nachlasspflegschaft mit den Pflegschaften der §§ 1738 ff gleichen Charakter hat.

5. Vgl. dagegen Motive, a. a. O. in Bezug auf die Bestimmung des Entwurfs I, § 2060: „Dies auszusprechen, ist nicht überflüssig“.

6. Vgl. Prot. II zum BGB Bd. V S. 667.

7. Vgl. hierzu Planck, a. a. O. Vorbemerkung vor § 1942 III, 5 b.

8. Die beiden hier angestellten Erwägungen finden sich auch in etwas anderer Form schon in den Protokollen II a. a. O.

Hiermit ist nun aber noch keineswegs gesagt, dass auch die Nachlasspflegschaft eine Pflegschaft wie jede andere ist. Vielmehr wird man mit den Protokollen[9] annehmen, dass sich daraus, dass die Nachlasspflegschaft für einen Nachlass angeordnet wird, etwas besonderes ergeben kann.

Auf die Pflegschaft finden kraft gesetzlicher Bestimmung — § 1915 BGB. — die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Aber auch dies gilt, wie desgleichen ausdrücklich bestimmt ist, nur soweit sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt. Da diese Voraussetzung nicht nur zutrifft, wenn ausdrücklich eine abweichende Anordnung getroffen ist,[10] sondern auch schon, wenn sich aus dem Sinn einer Bestimmung der Vormundschaft ihre Unanwendbarkeit auf die Pflegschaft ergibt, so ist auch hier wieder von Fall zu Fall zu prüfen.[11]

So ist also durch die Tatsache, dass generell die Vorschriften der Vormundschaft auch für die Nachlasspflegschaft Anwendung finden, die Konstruktion dieses Instituts wenig erleichtert.[12] Man muss stets prüfen, ob nicht die Vorschriften der Vormundschaft für die Pflegschaft überhaupt unanwendbar sind,[13] und die Nachlasspflegschaft als eine besondere Art der Pflegschaft kann dann unter Umständen noch ihre weiteren Besonderheiten haben.[14]

---

9. Vgl. Prot. II a. a. O.

10. Vgl. Planck, a. a. O. zu § 1915 No. 2.

11. Die Prüfung findet also dann auch hier wieder in der Weise statt, dass im Zweifel die Vorschriften der Vormundschaft zur Anwendung kommen; das geht aus der Fassung des § 1915 hervor. Das praktische Ergebnis ist also das gleiche, als wenn die Pflegschaft eine Vormundschaft wäre. Vgl. jedoch S. 95.

12. Deshalb dürfte es auch wohl im allgemeinen nicht möglich sein, aus den Vorschriften über die Vormundschaft ohne weiteres Folgerungen für die Nachlasspflegschaft zu ziehen, wie es z. B. Binder, Rechtsstellung des Erben nach BGB Bd. I, S. 197 tut.

13. Böhm, Das Vormundschaftsrecht des BGB S. 192 vertritt etwa den gleichen Standpunkt.

14. Einen wesentlichen Unterschied zwischen Vormundschaft und

Immerhin ist folgendes festzuhalten.

Will man überhaupt sagen, dass die Nachlasspflegschaft eine Pflegschaft ist, will man jene also unter diesen grösseren Begriff subsumieren, so müssen doch wenigstens alle Wesensmerkmale gemeinsam sein. Mag die Nachlasspflegschaft in allen Einzelheiten noch so viele Besonderheiten haben, so können diese doch nie das Wesen berühren; denn sonst wäre die Nachlasspflegschaft keine Pflegschaft.

Nicht so weit ist für das Verhältnis zwischen Pflegschaft und Vormundschaft zu gehen. Das Bürgerliche Gesetzbuch schreibt „entsprechende Anwendung“ vor. Eine derartige „entsprechende Anwendung“ setzt einerseits voraus, dass die betreffenden beiden Rechtsinstitute etwas Gemeinsames, ein tertium comparationis haben, andererseits in irgend einer wesentlichen Beziehung von einander abweichen.[15]

Wenn nun aber wie hier — grundsätzlich wenigstens — alle Vorschriften eines Instituts für ein anderes entsprechende Anwendung finden, so muss das Gemeinsame sehr bedeutend sein. Wenn auch nicht alle wesentlichen Merkmale[16] übereinstimmen, so muss doch wenigstens das Grundprinzip das gleiche sein. Dieses wird bei der Vormundschaft und Pflegschaft um so mehr der Fall sein, als beide unter dem grossen Abschnitt „Vormundschaft“ im Gesetz zusammengefasst sind. Dass der Name des einen Instituts als gemeinsame Oberrubrik gewählt ist, lässt auf eine ausserordentlich nahe Verwandtschaft beider Institute schliessen.

Pflegschaft macht Böhm, a. a. O. S. 39 z. B., insoweit er diese nicht wie jene auf physische Personen beschränkt sein lässt.

15. Dass eine solche „entsprechende Anwendung“ ausserdem noch eine andere Voraussetzung hat, kommt hier nicht in Frage. Vgl. hierüber später § 57.

16. Inwieweit hierin zwischen Vormundschaft und Pflegschaft eine Abweichung stattfindet und stattfinden kann, wird sich gleich unten zeigen.

Somit steht trotz aller möglichen Verschiedenheiten fest, dass Vormundschaft, Pflegschaft und damit auch Nachlasspflegschaft ein gemeinsames Grundprinzip haben.

§ 3.

Dieses gemeinsame Grundprinzip lässt sich, da immer auf die Vormundschaft zurückgegangen werden muss, am besten aus dem grundlegenden Paragraphen der Vormundschaft ableiten. Es ist dies der § 1793, welcher bestimmt:

„Der Vormund hat das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, insbesondere den Mündel zu vertreten."

Danach ist also die Fürsorge für den zu Bevormundenden jedenfalls das erste Grundprinzip der Vormundschaft.

Bei der Frage nach der Bedeutung der Worte „insbesondere den Mündel zu vertreten" ist zu entscheiden: Entweder diese Worte geben etwas Neues an, nämlich dass der Vormund ausser der Fürsorge für den Mündel diesen noch zu vertreten hat, dann hätte man ein zweites Grundprinzip der Vormundschaft. Oder aber diese Worte sollen lediglich das Recht und die Pflicht der Fürsorge weiter entwickeln, dann wären sie nur ein Ausfluss des alsdann einzigen Grundprinzips. Das letztere dürfte der Fall sein.

Dafür spricht einmal die Fassung des § 1793, das Wort „insbesondere", das lediglich das Vorhergehende weiter entwickelt und nichts Neues anführt.[1] Dafür spricht ferner

1. Einzelne Beispiele über den Sprachgebrauch des BGB. seien hier, soweit dies überhaupt erforderlich sein sollte, nach Gradenwitz, Wortverzeichnis zum BGB., angeführt: § 27 Abs. 2 Satz 2 „ein solcher Grund — sc. zum Widerruf — ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder . . . . ."; § 87 Abs. 2 „bei der Umwandlung des Zweckes = sc. der Stiftung ist die Absicht des Stifters tunlichst zu berücksichtigen, insbesondere dafür Sorge zu tragen . . . ." § 225 „Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist ist zulässig."

die Tatsache, dass die Vormundschaft als ein Teil des Familienrechts über Rechte einer Person gegenüber einer anderen handelt, die derart beschaffen sind, dass diese andere Person mehr oder minder in allen denkbaren Beziehungen der berechtigten unterworfen ist, welche diese ihre Macht nur zum Besten der unterworfenen ausüben darf. Bei einer derartigen Lage der Dinge ist offenbar der Ausdruck „Sorgen“ als ein umfassender gewählt. Die Vertretungsmacht kann hierneben nicht als gleichberechtigt aufgeführt werden, sondern immer nur als ein Mittel zum Zweck.

Sonach ist das Recht und die Pflicht der Fürsorge das einzige Grundprinzip der Vormundschaft, damit zugleich auch der Pflegschaft[2] und mittelbar der Nachlasspflegschaft. Dies ist auch wohl die herrschende Meinung. So sagt Cosack geradezu: Die Vormundschaft „bedeutet eine Fürsorge und weiter nichts“ (Lehrbuch d. deut. Bürg.R. Bd. II, S. 604; vgl. auch Böhm, a. a. O. S. 37).

Nachdem dies festgestellt ist, lassen sich für die Bedeutung der Bestimmung des § 1793 „insbesondere den Mündel zu vertreten“ wieder zwei Möglichkeiten denken.

Entweder sie ist nur ein Ausfluss der Fürsorge bei der Vormundschaft oder aber sie ist ein Ausfluss jeder Fürsorge überhaupt. Im ersteren Fall hat man es im § 1793 mit einer besonderen Bestimmung zu tun, die die Vertretungsmacht als Ausfluss gerade der vormundschaftlichen Fürsorge erklärt, im zweiten Falle lediglich mit einer schon an sich selbstverständlichen Vorschrift. Im ersteren Fall wäre die Anwendbarkeit der Vorschrift auf die Pflegschaften

2. Dass dies Ergebnis in der Tat das richtige ist, ergiebt sich daraus, dass die §§ der Pflegschaft ebenfalls immer von „Sorgen“ und „Fürsorge“ sprechen. So in den §§ 1911 zweimal, 1912 zweimal, 1913, 1960 BGB. §§ 37, 40, 41 FGG. Dagegen kommen die Wörter „vertreten“, „Vertreter“, „Vertretung“ wenigstens in den Pflegschaftsbestimmungen des BGB nicht ein einziges Mal vor. Vgl. Gradenwitz, a. a. O.

möglicherweise ausgeschlossen, im zweiten wäre dies nicht denkbar.

Es ist nun zu beachten, dass der Ausdruck „Sorgen" ein juristisch ziemlich indifferenter ist; wenigstens ist er es im Vergleich zu dem übrigen Privatrecht ausserhalb des Familienrechts, da jenes im allgemeinen präziser gefasst ist. Dass das Familienrecht sich so von dem ganzen übrigen Privatrecht unterscheidet, liegt allerdings in der Natur der Sache; es liegt daran, dass es, wie erwähnt wurde, umfassenderer Ausdrücke bedarf als das sonstige Privatrecht. So erklärt es sich, dass ein präziser einheitlicher Ausdruck, ganz besonders einer, der auch sonst im Privatrechtssystem vorkommt und daher die Eingliederung in dasselbe vermitteln würde, kaum zu finden ist. Nun wird vom Gesetz als ein Ausfluss des Rechts und der Pflicht der Fürsorge bei der Vormundschaft „insbesondere" die Vertretungsmacht bezeichnet. Und zwar geschieht dies nicht nur neuerdings im Bürgerlichen Gesetzbuch, sondern war auch schon vorher wohl in allen in Deutschland geltenden Rechten der Fall, und ist es wohl desgleichen noch heute in allen ausländischen. Aus einem nach dem vorher Erwähnten begreiflichen Streben nach einem möglichst präzisen, mit dem übrigen Privatrechtssystem einen Zusammenhang vermittelnden Ausdruck erklärt es sich, dass für alle ihre Charakteristik im § 1793 findenden Personen, ja sogar auch für den Inhaber der elterlichen Gewalt bisweilen kurzweg die Bezeichnung „gesetzlicher Vertreter" gebraucht wird, um ihre gesamte Stellung zu bezeichnen. Man nimmt damit eine denominatio a potiori vor.

So begreiflich nun auch dies Bestreben sein mag, die gesetzliche Vertretungsmacht in den Vordergrund zu stellen, so erscheint es doch nicht in dieser Weise als berechtigt.

Folgendes ist zu unterscheiden: Soll jemand das Recht und die Pflicht der Fürsorge haben, so muss er auch die Möglichkeit haben, auf den Gegenstand seiner Fürsorge,

wie tatsächlich, so auch rechtlich mehr oder weniger einzuwirken. Seine Handlungen, die Rechtsgeschäfte, die er in Angelegenheiten der Fürsorge vornimmt, müssen eine gewisse Wirkung für den Gegenstand der Fürsorge haben.

Hiermit ist aber nun andererseits noch nicht ohne weiteres gesagt, dass diese Einwirkung in Gestalt der gesetzlichen Vertretung geschehen muss. So ist auch die Form denkbar, dass kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung die Verwaltungsakte Wirksamkeit für den Gegenstand der Fürsorge haben, z. B. in derselben Weise, wie es das Reichsgericht bezüglich des Konkursverwalters annimmt.[3]

Somit ergibt sich, dass die Vertretungsmacht an sich nur ein Ausfluss der vormundschaftlichen Fürsorge ist. Auf die Pflegschaft und damit die Nachlasspflegschaft ist die Vorschrift „insbesondere den Mündel zu vertreten" nur auszudehnen, wenn sich kein Hinderungsgrund entgegenstellt, wie es sich nach dem oben Gesagten bezüglich sämtlicher Bestimmungen der Vormundschaft verhält.[4] Dass im Zweifel der Pfleger gesetzlicher Vertreter ist, wird jedoch deshalb ganz besonders anzunehmen sein, weil es sich um eine sehr wichtige Bestimmung des Vormundschaftsrechts handelt.

Als notwendiges Grundprinzip der Pflegschaft und damit auch der Nachlasspflegschaft, kann aber lediglich „die Fürsorge" festgehalten werden.

3. Vgl. R. G. Bd. 29 S. 29 ff. Auf die Frage wird unten § 61 zurückgekommen werden.

4. Vgl. Schultetus, Vormundschaftsrecht, S. 15. Er stellt es als Regel auf, dass der Pfleger Vertreter ist, lässt aber eine Ausnahme bezüglich des § 1914 BGB zu. Vgl. auch Fuchs, a. a. O. S. 276, der selbst, wo er den Pfleger Vertreter sein lässt, ihm in vielen Fällen doch eine andere Stellung als dem Vormund insofern zuweist, als er ihn nicht gesetzlicher Vertreter sondern von Staatswegen bestellter Bevollmächtigter sein lässt. (So bezüglich des Pflegers aus § 1910.)

Zweiter Hauptteil.

Ist die Nachlasspflegschaft eine Personen- oder eine Vermögenspflegschaft?

Erster Abschnitt.

Personen- und Vermögenspflegschaft.

I. Kapitel.

Grenzen beider Begriffe.

§ 4.

Folgendes ist an die Spitze zu stellen und scharf zu betonen.

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, die Nachlasspflegschaft aufzufassen. Aber alle diese Möglichkeiten zerfallen in zwei Hauptgruppen: Personenpflegschaften und Vermögenspflegschaften.[1] Der Einteilungsgrund ist dabei die Frage, wozu der Pfleger juristisch in Beziehung zu setzen ist, zur Person, dem Erben, indem er dessen Vermögen verwaltet, oder zum Vermögen,[2] dem Nachlass; in dem einen Fall hat

1. Gewöhnlich spricht man von „Sachpflegschaft" (cura rei). Dieser Ausdruck erscheint jedoch mit Rücksicht auf § 90 BGB als zu eng, da die Pflegschaft sich auch auf andere Vermögenstücke als auf körperliche Gegenstände erstrecken kann.

2. Vgl. Kipp bei Windscheid, Bd. III S. 172: „Es giebt Fälle, in welchen von Seiten des Staates eine Fürsorge . . . . . für ein bestimmtes Vermögen als solches angeordnet wird." Ausserordentlich gut lässt sich auch der Gegensatz aus dem § 266 Abs. 1 No. 1 St. G. B. erkennen. Dort ist von Kuratoren etc. gesprochen, welche „absichtlich zum Nachteile der ihnen anvertrauten Personen oder Sachen handeln."

er für den Erben zu sorgen, in dem andern Fall für den Nachlass.

Binder hat es, wenn auch nicht direkt geleugnet, so doch als „fraglich" erklärt, „ob auf diesem Gegensatz eine praktisch erhebliche Unterscheidung gegründet werden kann". Denn „schliesslich ist alles Vermögen ausser dem reinen Zweckvermögen um der Personen willen da".[3] Er meint also offenbar — wie auch aus dem Folgenden hervorgeht —, dass der Nachlass um der Erben willen vorhanden sei. So kommt er zu dem Schluss, dass der Gegensatz sich vielleicht nur „in der Verschiedenheit des Rubrums der Aktendeckel des Vormundschaftsgerichts äussert".

Dem kann nicht beigepflichtet werden.

Jeder Vermögensinbegriff hat zunächst schon noch eine ganz andere Bedeutung als „Herrschaftsgebiet der Person"[4] zu sein. Er repräsentiert nämlich einen Teil des Nationalvermögens.[5]

Hiermit verhält es sich so: Das Vermögen des Einzelnen ist zunächst natürlich und zwar vornehmlich Herrschaftsgebiet seines Subjekts. Es ist dessen Willen unterworfen und ist seinem Wesen nach „Machterweiterung, also Sicherung und Erhöhung der freien Tätigkeit", wie Savigny sagt.[6]

Ausserdem gehört das Vermögen aller Einzelnen aber zu einem grossen Ganzen, dem Nationalvermögen, oder wie der wissenschaftliche Ausdruck lautet, dem „Volksvermögen". Dieser Ausdruck „Volksvermögen" ist kein juristisch korrekter. Das Volksvermögen gehört nicht dem Volke, wie das Vermögen des Einzelnen dem Einzelnen. Um Verwirrung

3. Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach BGB Bd. I S. 186.

4. Binder, ebenda.

5. Den Gesichtspunkt des Nachlasses als eines Teils des Nationalvermögens hat auch Laurent, Principes du droit civil, Tome 10 pag. 192 aufgestellt. „L'intérêt général s'oppose à ce que les biens qui font partie de la richesse nationale dépérissent."

6. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. II S. 238,

zu vermeiden, sollte man daher lieber von dem „Volksreichtum" sprechen, wie Lexis mit Recht sagt,[7] „da unter Reichtum einfach eine Summe von Gütern ohne Rücksicht auf einen bestimmten Eigentümer verstanden werden kann". Wie dem nun auch sei, jedenfalls kann das Vermögen des Einzelnen noch als ein Teil eines grösseren Ganzen aufgefasst werden. Dann kann aber der Staat die Fürsorge für einen Vermögensinbegriff lediglich unter dem Gesichtspunkt anordnen, dass er einen Teil dieses grösseren Ganzen zweckmässig verwaltet sehen will, ohne Rücksicht auf den individuellen Berechtigten.

Eine andere Frage ist es natürlich, wie oft der Staat diesen immerhin besonderen Gesichtspunkt zu Grunde legen wird. Die Frage, wie oft er unter diesem Gesichtspunkt eine Vermögenspflegschaft anordnen wird, ist nur eine Teilfrage der grösseren, wie oft er überhaupt das Vermögen unter dem Gesichtspunkt des National- resp. Volksvermögens behandeln wird.

Dies hängt bis zu einem gewissen Grade von den volkswirtschaftlichen Grundanschauungen der Zeit ab, es hängt davon ab, ob der Individualismus vorherrscht oder nicht.

In den Zeiten des Merkantilismus und der Theorie von der günstigen Handelsbilanz spielt das Vermögen als solches eine grosse Rolle. Da in dieser Zeit alle staatsmännische Klugheit darauf gerichtet ist, möglichst viel von allen Gütern zu haben, so ist es nicht wunderbar, dass der Staat ausserordentlich geneigt ist, das Vermögen einer unmittelbaren besonderen juristischen Behandlung zu unterwerfen.

Der Staat, der ununterbrochen darauf sinnt, das Volksvermögen durch Zufuhr von aussen zu vergrössern, kann es nicht ruhig ansehen, wenn das Volksvermögen, das Eigen-

---

7. Vgl. den Art. „Volksvermögen" von Lexis im Elsterschen Wörterbuch der Volkswirtschaft, Bd. II S. 815.

tum der Einzelnen ist, durch Vernachlässigung zu Grunde geht. So erklären sich die zahlreichen in das Privateigentum tief eingreifenden Massregeln der absoluten Zeit. Als das treffendste Beispiel hierfür seien die warnenden Worte Friedrichs d. Gr. an jenen seine Wirtschaft vernachlässigenden Wirt angeführt:

„S. K. M. von Preussen etc. haben höchst missfällig in Erfahrung gebracht, dass der hiesige Gastwirth Plöger . . . bereits seit geraumer Zeit eine sehr schlechte und lüderliche Wirthschaft führet. Und befehlen daher dero Magistrat zu Potsdam hierdurch den Plöger sogleich vorzukriegen . . .“

Eventuell würde S. K. M. den . . . Plöger nach Spandau schicken und sein Haus an dessen Kreditor weggeben.[8]

Die Zeit der sogenannten liberalen Schule der Nationalökonomie muss natürlich gerade den umgekehrten Standpunkt einnehmen.[9] Wird es doch in dieser Periode als die Pflicht des Staates betrachtet, ein möglichst freies Spiel der Kräfte zu gewähren (laisser faire, laisser aller) und daher den Einzelnen möglichst wenig einzuschränken.

Was nun, worauf es hier besonders ankommt, die Stellung der heutigen Zeit zu der behandelten Frage betrifft, so ist wohl zu sagen, dass sie eine Mittelstellung einnimmt. Der Staat greift ein, soweit es nötig ist, aber er greift nur sehr zögernd ein; der Staat behandelt das Vermögen des Einzelnen nur dann als einen Teil des Volksvermögens, wenn sich das aus ganz besonderen Gründen rechtfertigen lässt. Er tut das einerseits nicht so leicht wie in der merkantilistischen, andererseits auch nicht derartig mit Widerstreben wie in der liberalen Epoche.[10]

8. Vgl. Preuss, Friedrich d. Gr., Bd. IV S. 271. Diese Kabinettsordre gilt als besonders bezeichnend für die Zeit. Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 39.

9. Vgl. unten S. 76.

10. Ausserdem hängt es natürlich mit der Natur des Staates als eines Rechtsstaates zusammen, dass Eingriffe in die Privatrechtssphäre im allgemeinen nur möglich sind auf Grund genereller Bestimmungen,

Eine Vermögenspflegschaft unter dem Gesichtspunkt, dass das Vermögen ein Teil des Volksvermögens ist, wird also der Staat nur anordnen, wenn ganz besondere Umstände eingetreten sind, die die vorherrschende Eigenschaft des Vermögens als Herrschaftsgebiet der Einzelnen zurücktreten lassen.

§ 5.

Aber selbst abgesehen von diesem Gesichtspunkt ist die Unterscheidung von Personen- und Vermögenspflegschaft sehr gut möglich. Der Staat kann nämlich sehr wohl auf Grund der Erwägung, dass eine derartige Ordnung der Dinge den Beteiligten am besten ist, eine Vermögenspflegschaft anordnen, indem er den betreffenden Vermögensinbegriff, insoweit dies dazu nötig ist, der Machtsphäre seines Subjektes entzieht.

Denn — dies erscheint als ein sehr wichtiger Punkt — es steht mit der Vermögenspflegschaft durchaus nicht in Widerspruch, dass durch sie den Interessen einer Person gedient werden soll. Handelt es sich darum, dies zu untersuchen, so fragt es sich zunächst: Was heisst es, für einen Vermögensinbegriff sorgen? Dies muss offenbar den Ausgangspunkt bilden. Für eine Person sorgen, heisst deren Interessen wahrnehmen. Ein Vermögensinbegriff hat aber keine Interessen. Dagegen hat jeder Vermögensinbegriff einen Zweck, wie hinsichtlich der Sachen Kohler u. E. richtig in seinem Recht der Stiftungen[1] sagt. Dieser Zweck ist bei dem Vermögensinbegriff das, was bei der Person das Interesse ist. Danach heisst: für einen Vermögensinbegriff sorgen, dessen Zweck entwickeln.[2]

1. Archiv für bürgerliches Recht, Bd. III S. 235.

2. Wenn der Pfleger dies nicht tut, dann handelt er zum „Nachteile" des Vermögensinbegriffs, was der § 266 Abs. 1 No. 1 St. G. B. —

Worin besteht nun aber der Zweck eines Vermögensinbegriffs?

Da könnte man zunächst denken, der Zweck eines Vermögensinbegriffs sei stets der allgemeine wirtschaftliche, d. h. derjenige, der im wirtschaftlichen Verkehr dem Vermögensinbegriff gewöhnlich beigemessen wird. Davon kann aber schon deshalb keine Rede sein, weil hierbei ganz der Liebhaberzweck ausser Acht bleiben würde. Aber selbst von diesen Ausnahmefällen abgesehen, wäre die erwähnte Auffassung deshalb nicht richtig, weil sie verkennt, dass dem Vermögensinbegriff, dem von Natur kein Zweck innewohnt, dieser durch die Bestimmung des an ihm Berechtigten jeweils gegeben wird. Ein allgemeiner wirtschaftlicher Zweck stellt dem gegenüber lediglich das in dieser Hinsicht Typische dar und ist so der Normalfall,[3] aber keineswegs das Ursprüngliche. Es wäre aber jedenfalls falsch, etwas Abgeleitetes als das Einzige hinzustellen.

Wie schon oben erwähnt, ist jeder Vermögensinbegriff in erster Reihe Herrschaftsobjekt seines Subjekts oder er ist, falls er herrenlos ist, regelmässig bestimmt, es in Zukunft zu werden. Dies zu sein resp. zu werden[4] ist da-

---

das Wort Sache ist hier wohl nicht in der engen Bedeutung des § 90 BGB zu nehmen — als möglich anerkennt. Nur so wird es erklärt, dass ein Pfleger zum „Nachteile" eines Vermögensinbegriffs handeln kann, trotzdem er Massnahmen trifft, die im „Interesse" des Vermögensinbegriffs liegen würden, wenn man einmal für einen Moment ein solches anerkennt. So handelt der Pfleger einer Herde zum „Nachteile" derselben, wenn er die dafür reifen Tiere nicht schlachten lässt. Im „Interesse" der Herde liegt dies Schlachten nicht.

3. Wäre dieser Zweck der einzige, so wäre jeder Vermögensinbegriff nur als Teil des Volksvermögens aufzufassen.

4. Wir sagen nachher, dass der Zweck eines Vermögensinbegriffs, insofern er einer Person zu dienen bestimmt ist, identisch mit den Interessen der Person in Bezug auf diesen Vermögensinbegriff ist. Wie es künftige Rechte gibt (§ 1912 BGB), so gibt es künftige Interessen, die schon jetzt wahrzunehmen sind.

nach sein vornehmster Zweck. Nun kann ein Vermögensinbegriff noch unter Umständen gleichzeitig den Zweck haben, anderen Personen zu dienen, z. B. Befriedigungsobjekt für die Gläubiger des Subjekts zu sein.[5] In diesen Fällen ist der Zweck des Vermögensinbegriffs ein ungleich gearteter.

Es ist nur ein anderer Ausdruck, wenn man, anstatt zu sagen: ein Vermögensinbegriff hat den Zweck, einer Person zu dienen, sagt: der Vermögensinbegriff dient dem Interesse einer Person. Es ist materiell völlig dasselbe.

Somit kann auch der Vermögenspfleger, welcher den Zweck eines Vermögensinbegriffs zu entwickeln bestimmt ist, dem Interesse einer Person dienen. Insoweit die Vermögenspflegschaft darin mit der Personenpflegschaft übereinstimmt — inwieweit dies genau der Fall ist, werden wir im folgenden Paragraphen sehen —, ist sie allerdings nur eine andere juristische Konstruktion, aber doch immerhin eine solche, für dieselbe Sache.

§ 6.

Wie wir sahen, kann ein Vermögenspfleger zur Aufgabe haben:

1. das Interesse einer Person in Bezug auf einen Vermögensinbegriff wahrzunehmen,

2. ungleich geartete Interessen verschiedener Personen in Bezug auf einen Vermögensinbegriff wahrzunehmen.

Endlich lässt sich mit Rücksicht darauf, dass auch jeder Vermögensinbegriff Teil des Volksvermögens ist, in gleicher Weise anfügen:

---

5. Das wird allerdings nur vorkommen, wenn vermöge besonderer Umstände das Vermögen von seinem Herrschaftsberechtigten bis zu einem gewissen Grade losgelöst ist. Denn für gewöhnlich haben die Gläubiger mit dem Vermögen ihres Schuldners unmittelbar nichts zu tun.

3. der Vermögenspfleger kann zur Aufgabe haben, öffentliche[1] Interessen[2] in Bezug auf einen Vermögensinbegriff wahrzunehmen.

Ausserdem sind noch Kombinationen der Fälle 1. und 3., 2. und 3., nur natürlich nicht 1. und 2. denkbar.

Nachdem auf diese Weise festgestellt und noch einmal zusammengefasst ist, inwieweit eine Vermögenspflegschaft möglich erscheint, muss jetzt untersucht werden, wann eine Vermögenspflegschaft denn wirklich vorliegen wird. Eine solche Untersuchung erscheint schon um deswillen notwendig, weil Personen- und Vermögenspflegschaft scheinbar gar häufig dasselbe Ziel verfolgen und es so ganz willkürlich erscheint, welche juristische Konstruktion gewählt wird.

Die hier anzustellende Untersuchung vollzieht sich in der Weise, dass zunächst die Fälle zusammengestellt werden, in denen eine Personenpflegschaft möglich ist.

Der Personenpfleger kann zur Aufgabe haben:

1. das Interesse einer Person in Bezug auf einen Vermögensinbegriff wahrzunehmen,[3]

2. die Interessen einer Person in Bezug auf einen Vermögensinbegriff und ihre persönlichen Interessen wahrzunehmen,

3. die persönlichen Interessen einer Person wahrzunehmen.

---

1. Deshalb gehört er noch nicht ins öffentliche Recht. Vgl. unten § 43.

2. Man kann hier folgendermassen argumentieren: Der Vermögensinbegriff kann als Teil des Volksvermögens aufgefasst werden. Dann ist dies zu sein sein Zweck. Folglich dient der Pfleger öffentlichen Interessen. Uebrigens deckt sich der hier in Frage kommende Zweck mit dem oben aufgestellten allgemeinen wirtschaftlichen.

3. Dass ein Pfleger die Interessen einer Person in Bezug auf mehrere Vermögensinbegriffe wahrzunehmen hat, kann nicht vorkommen, weil mehrere Vermögensinbegriffe sich wieder zu einem neuen Vermögensinbegriff vereinigen.

§ 7.

Vergleichen wir die Aufstellungen hinsichtlich des Vermögens- und Personenpflegers, so ergibt sich, dass dieselben überhaupt nur im ersten Fall übereinstimmen.

In den Fällen 2. und 3. sowie in den Kombinationsfällen der ersten Aufstellung — vgl. S. 26 — ist nur eine Vermögenspflegschaft,[1] in den Fällen 2. und 3. der zweiten Aufstellung — vgl. S. 27 — nur eine Vermögenspflegschaft möglich.

Handelt es sich also um einen dieser Fälle, so braucht man nicht von einer Möglichkeit zu sprechen, sondern man kann geradezu mit Gewissheit behaupten, dass eine Vermögens- resp. eine Personenpflegschaft vorliegt.

Der Grund dieser Erscheinung liegt darin, dass trotz aller Gleichheit Vermögens- und Personenpflegschaft eben doch in den Ausgangspunkten — Zweck des Vermögensinbegriffs, Interesse der Person — verschieden sind, und dass der Unterschied in den Anknüpfungspunkten sich in dem Augenblick bemerkbar macht, wo die Pflegschaft sich

1. Dafür, dass eine Vermögenspflegschaft vorliegen muss, wenn der Pfleger ungleich gearteten Interessen verschiedener Personen dienen soll, spricht u. a. auch die Erwägung, dass er alsdann diesen beiden Personen verantwortlich sein wird, und dass dies, wäre er Personenpfleger, ihn in eine unmögliche Stellung hineinbringen würde. Hieraus ergeben sich zwei Folgerungen: Erstens wird dadurch in sehr vielen Fällen, sobald man nur untersucht hat, ob man es mit einer Vermögens- oder Personenpflegschaft zu tun hat, die Streitfrage entschieden, wem der Pfleger verantwortlich ist. Dies ist z. B. gerade bezüglich des Nachlasspflegers streitig. Vgl. Weissler, Das deutsche Nachlassverfahren, S. 109; Planck a. a. O. Vorbemerkung vor § 1942, III 5 c; Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB S. 323. Zweitens ist, falls eine solche Verantwortlichkeit nach zwei Seiten ausdrücklich bestimmt ist, dies ein Beweis dafür, dass man es mit einer Vermögenspflegschaft zu tun hat, und dass das Interesse der einen Person nicht nur der Indifferenzpunkt ist, bis zu dem der Pfleger einer andern Person gehen darf. Vgl. Kohler, Lehrb. (Leitf.) des Konkursrechts, S. 401 (resp. 214) bezüglich des Konkursverwalters, von dem hier dasselbe gilt wie von einem Pfleger.

nicht einheitlich gestalten soll, wo der eine der beiden möglichen Anknüpfungspunkte, wie das bei der Pflegschaft für einen Vermögensinbegriff im öffentlichen Interesse hinsichtlich des Staats[2] der Fall ist, sich als Anknüpfungspunkt nicht eignet, oder wo Interessen in Frage kommen, die nicht Vermögensinteressen sind.

Es bleibt also lediglich als zweifelhafter Fall derjenige übrig, dass es sich um eine Pflegschaft für einen Vermögensinbegriff im Interesse einer Person handelt. Alsdann wird allerdings nichts Bestimmtes zu sagen sein, ob in Wirklichkeit eine Vermögens- oder Personenpflegschaft vorliegt. Immerhin ist zu betonen, dass hier die Wahrscheinlichkeit für eine Personenpflegschaft spricht. Es wird daher stets besonders nachzuweisen sein, dass die betreffende Pflegschaft als eine Vermögenspflegschaft aufzufassen ist.

II. Kapitel.

Die nähere Konstruktion der Personen- und der Vermögenspflegschaft.

§ 8.

Es sind schon hier einige wenige Worte über die mögliche nähere Konstruktion der Personen- und der Vermögenspflegschaft zu sagen.

Ist eine Pflegschaft Personenpflegschaft, so kann ihre nähere juristische Konstruktion nicht zweifelhaft sein. Der Pfleger ist dann gesetzlicher Vertreter des Pfleglings; denn

2. Der Staat im öffentlichrechtlichen Sinne müsste hier der Anknüpfungspunkt für eine Personenpflegschaft sein, nicht etwa der Fiskus. Handelt es sich doch nicht um Staatsvermögen im eigentlichen Sinne sondern — wie oben erwähnt — eben um Volksvermögen.

die andere Möglichkeit, dass der Pfleger im eigenen Namen, aber mit Wirkung für den Pflegling handelt, „entspricht — wie Binder u. E. richtig bemerkt — nicht der Auffassung des Gesetzes“.[1]

Die Vermutung, dass der Pfleger Vertreter ist,[2] wird hier — weil dies die einzig mögliche Form ist — Gewissheit, und so kann man Personenpfleger und gesetzlicher Vertreter der Person als gleichbedeutend gebrauchen.

Ist eine Pflegschaft eine Vermögenspflegschaft, so ist zu sagen: Der Vermögenspflegschaft als solcher begrifflich wesentlich ist nur, dass das Vermögen von dem übrigen Vermögen seines Subjekts — wenn ein solches vorhanden ist — getrennt und einer besonderen Verwaltung unterstellt ist.[3]

Im einzelnen sind dann hauptsächlich zwei Konstruktionen der Vermögenspflegschaft denkbar.[4] Entweder man behandelt das Vermögen rein als Objekt und den Pfleger als staatliches Organ, oder man personifiziert das Vermögen mehr oder weniger und betrachtet den Pfleger als sein Organ.[5] Hat man also ermittelt, dass eine Pflegschaft Vermögenspflegschaft ist, so ist damit noch kein endgültiges Ergebnis gefunden.

Es soll im vorliegenden Hauptteil zunächst untersucht werden, ob die Nachlasspflegschaft eine Personen- oder Vermögenspflegschaft ist. Daher darf hier nicht weiter auf die näheren Konstruktionen der Vermögenspflegschaft einge-

---

1. Binder, a. a. O. Bd. I. S. 188.

2. Vgl. oben § 3.

3. Das sind etwa dieselben Erfordernisse, wie sie Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts S. 195 für die „selbständigen Sondervermögen“ aufstellt.

4. Wir lassen es dahingestellt, ob noch Mittelformen denkbar sind.

5. Auch Hellwig, C. P. S. 299 Anm. 26, und S. 306 Anm. 24 gebraucht den Ausdruck cura rei, wofür wir Vermögenspflegschaft sagen — als einen diese beiden Möglichkeiten deckenden.

gangen werden. Hierzu wird sich später, wie vorausgreifend bemerkt werden mag, Gelegenheit bieten.

Zweiter Abschnitt.

§ 1960 BGB und der hier vertretene Standpunkt.

§ 9.

Das Bürgerliche Gesetzbuch sagt ausdrücklich im § 1960 Abs. 2:

> „Das Nachlassgericht kann .... für denjenigen, welcher Erbe wird, einen Pfleger (Nachlasspfleger) bestellen."

Diese Bestimmung spricht dafür, dass die Nachlasspflegschaft eine Personenpflegschaft ist.

Dass diese Bestimmung diesen Sinn hat, leugnet Binder[1] a. a. O. Er weist auf den Unterschied zwischen der Fassung des § 2059 des Entwurfs I und des § 1960 hin. Im ersteren stehen nämlich die Worte „der Erbe sein wird," während im letzteren sich eben die Fassung findet „welcher Erbe wird." Nur für den ersteren Paragraphen will er zugeben, dass er für eine Personenpflegschaft spreche. Für den § 1960 zieht er aber aus der Fassung und aus der Tatsache, dass nach Bürgerlichem Gesetzbuch der Satz gilt, der Tote erbt den Lebendigen, folgenden Schluss.[2] Nach dem Wortlaut würde die Bestellung nur für den, welcher infolge der Ausschlagung des Erstberufenen Erbe wird, erfolgen, nicht aber für den

1. Trotzdem er sogar sonst die Nachlasspflegschaft als Personenpflegschaft auffasst.

2. Binder, a. a. O. Bd. I S. 192/3.

einstweilen Berufenen, denn dieser wird nicht etwa durch die Annahme Erbe, sondern er ist es schon. Hieraus folgert er weiter, dass der Pfleger eigentlich als Vertreter des nach dem Erstberufenen berufenen Erben aufgefasst werden müsse, und da dies unmöglich sei, schliesst er, dass der § 1960 nur besagen solle, das Interesse dieses „später eventuell berufenen" Erben solle gewahrt werden.[3]

Hiergegen lässt sich anführen, dass das Wort „wird" nicht Futurum,[4] sondern Präsens ist. Binders Argumentation aber beruht u. E. darauf, dass er diesen Begriff als etwas Zukünftiges bezeichnend betrachtet. Dies geht vor allem auch daraus hervor, dass er, als er den Schluss aus seiner Erörterung gezogen hat, erläuternd hinzufügt:[5] „daran, dass die Erbschaft dem, der Erbe werden wird, ganz und unversehrt zufalle, besteht auch ein allgemeines Interesse." Hier gebraucht Binder das Futurum „werden wird",[6] um damit dasselbe auszudrücken, was er mit dem Worte „wird" in den von uns oben zitierten Sätzen ausgedrückt hat und vom Gesetz im § 1960 ausgedrückt glaubt.

Das Wort „wird" ist also Präsens. Es bezeichnet zwar den Eintritt[7] eines Ereignisses, aber den gegenwärtigen. Wollte man die Wortinterpretation auf die Spitze treiben, so müsste man folgendermassen interpretieren. Der Nebensatz,

---

3. a. a. O. Bd. I S. 194.

4. Dass man im gewöhnlichen Sprachgebrauch „wird" oft an Stelle von „werden wird" gebraucht, kommt hier nicht in Betracht. Will man schon eine derartige Textinterpretation anstellen, so ist die Grammatik massgebend.

5. a. a. O. Bd. I S. 194.

6. So geradezu Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlassbehandlung, Bd. III S. 631. „Der Nachlasspfleger ist gesetzlicher Vertreter desjenigen, der Erbe werden wird."

7. Dass das Wort den Eintritt eines Ereignisses, nicht einen Zustand bedeutet, beweisst nichts. Es gibt natürlich einmal den Moment, wo derjenige, der früher nicht Erbe war, Erbe „wird". Es kommt nur darauf an, wann der Eintritt angenommen wird.

in dem das Wort „wird“ vorkommt, ist gleichzeitig mit dem Hauptsatz „Das Nachlassgericht kann bestellen“. Da nun das Nachlassgericht sofort beim Erbfall den Nachlasspfleger bestellen kann, ist dies auch der Zeitpunkt, den das Wort „wird“ bezeichnet. Zu demselben Ergebnis käme man, wenn man ganz einfach die Worte „durch den Erbfall“ ergänzt. Das Richtige ist wohl folgendes. Das Präsens „wird“ ist gebraucht, um einen möglichst farblosen Ausdruck zu haben. Es soll gewissermassen nach jeder Hinsicht in diesen so schwierigen Fragen vermitteln und ist durch die Redaktionskommission[8] als das nach der Sachlage geeignetste Wort eingeführt. In Widerspruch mit dem Prinzip, dass der Tote den Lebendigen erbt, setzt es sich nicht.[9]

Stehen aber diese von Binder gemachten Erwägungen nicht entgegen, so ist der Paragraph so aufzufassen, wie es der Wortlaut ergibt: Der Pfleger vertritt den Erben.[10]

Im Anschluss an den § 2059 des Entwurfs I sprechen die Motive es aus, dass der Entwurf „eine cura personae, nicht rei“ annimmt. Ja, die Redaktoren[11] des Entwurfs haben den § 2059 so gestaltet, um zu zeigen, wie nach ihrer Meinung die Nachlasspflegschaft aufgefasst werden müsse. Alles dies gilt auch[12] für den § 1960 in seiner heutigen Fassung. Durch ihn hat also auch der Gesetzgeber, indem er eine

8. In dem „Entwurf e. BGB f. d. D. Reich, II. Lesung nach den Beschlüssen der Redaktionskommision“ finden wir es zum 1. Male im § 1837.

9. Dieselbe Wendung „welcher Erbe wird,“ findet sich auch im § 1959 Abs. 1 BGB. Auch hier soll schlechthin der endgültige Erbe bezeichnet werden. Uebrigens wird auf diese Wendung noch einmal — S. 95 ff. — zurückgekommen werden.

10. Vgl. Strohal a. a. O. S. 320. Kipp bei Windscheid, III S. 193.

11. Das sagen die Motive ausdrücklich Bd. V. S. 546.

12. Es mag ausdrücklich betont werden, dass sich in Bezug auf die Nachlasspflegschaft im Gesetz gegenüber dem Entwurf I sonst sehr viel geändert hat. Nur der Sinn der Worte „Pfleger desjenigen, welcher Erbe wird“ ist geblieben.

dem Sinn nach gleiche Fassung wie der erste Entwurf wählte, seine Meinung zum Ausdruck bringen wollen.

Nun hat sich gegen die Auffassung, dass die Nachlasspflegschaft als eine Personenpflegschaft zu betrachten sei, Opposition erhoben. Zuerst und am eingehendsten hat Hellwig[13] diesen Standpunkt vertreten. Dann ist die Ansicht auch von Hagen[14] und Titze[15] aufgestellt worden.

Ehe wir auf eine Prüfung ihrer Gründe eingehen können, müssen wir feststellen, welche Bedeutung der klaren Fassung des Gesetzes beizulegen, ob überhaupt eine abweichende Ansicht zulässig ist.

Es ist Sache des Gesetzes, Anordnungen zu treffen, aber nicht festzulegen, wie die aufgestellten Rechtssätze aufzufassen sind, wie das durch sie gebildete Rechtsinstitut konstruiert werden muss.[16] Wenigstens wird dies das Gesetz nur ausnahmsweise tun, und es ist dies daher nur dann anzunehmen, wenn eine dahingehende Absicht des Gesetzes unzweideutig zum Ausdruck gebracht ist.[17] Aus der Fassung des § 1960 BGB erhellt eine derartige Absicht nicht.

Infolgedessen kann man aus dem § 1960 als zweifellos nur die dogmatische Auffassung des Gesetzgebers entnehmen. Im Uebrigen ist die Bestimmung des § 1960 nur eine aus der Zahl derjenigen, aus welchen die Stellung des Nachlasspflegers zu entnehmen ist.[18]

---

13. Zuerst in seinen „Verträgen auf Leistungen an Dritte" S. 244 Anm. 473. Vgl. im übrigen § 10.

14. Vgl. Otto Hagen in Iherings Jahrbuch Bd. 42 S. 74.

15. Vgl. Titze, Unmöglichkeit der Leistung S. 87. Die Literatur ist ausserdem unten § 10 ausführlich zusammengestellt.

16. Vgl. hierzu Zitelmann Begriff und Wesen der sog. jurist. Person S. 2 ff.

17. Man muss sich vergegenwärtigen, dass natürlich eine Bestimmung des Inhalts möglich ist: die Nachlasspflegschaft ist als Personenpflegschaft aufzufassen.

18. Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts S. 299 stimmt hiermit im wesentlichen überein, nur ist das Wort „unverbindlich" in einem andern Sinne gebraucht.

Hagen[19] begründet seine Ansicht, dass die Nachlasspflegschaft keine Personenpflegschaft ist, damit, dass es zwar nicht zu leugnen ist, „dass das in Widerspruch steht mit der juristischen Konstruktion, die dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu Grunde liegt und auch im Gesetze selbst einen Ausdruck gefunden hat,“ aber „dass eine derartige Konstruktion unverbindlich ist, wenn unhaltbar“.

Wir sagen: Es wird an sich sehr wohl möglich sein, sich über den § 1960 hinwegzusetzen, aber nur, wenn unzweideutig der Beweis gelingt, dass dieser sich in Widerspruch setzt mit der dem Gesetz in Wirklichkeit zu Grunde liegenden, sich besonders aus den übrigen Bestimmungen ergebenden Grundauffassung über den Charakter der Nachlasspflegschaft.

Wir glauben in der Tat, dass der Nachweis, die Nachlasspflegschaft sei eine Vermögenspflegschaft, möglich ist; ihn zu führen ist die Aufgabe der folgenden Erörterung.

Dritter Abschnitt.

Der Stand der Ansichten über die Frage.

§ 10.

Zunächst mag jedoch ganz kurz der Stand der Ansichten festgestellt werden.

Für die herrschende Meinung, dass der Nachlasspfleger ein Personenpfleger sei, haben sich — wenn dies auch teilweise nur indirekt aus ihren Ausführungen zu entnehmen ist — ausgesprochen:

Kipp bei Windscheid Bd. III S. 175, 193; Strohal, Erbrecht S. 320 No. 2; Binder a. a. O. Bd. I S. 194; Planck=Ritgen, Vor-

19. Hagen, a a. O. S. 74.

bemerkung vor § 1942 III. 5a; Frommhold, Kommentar zum Erbrecht, Vorbemerkung vor § 1960—1962; Staudinger-Herzfelder, zu § 1960 Note 4b; Fischer-Henle, Handausgabe des BGB zu § 1960 Anm. 7; Schultzenstein-Köhne, Vormundschaftsrecht, No. 1 zu § 1913; Böhm, Vormundschaftsrecht des BGB S. 192; Cosack, Lehrbuch des BGB Bd. II S. 711 I 1b; Jäger, Erbenhaftung und Nachlasskonkurs, S. 50 III; Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlassbehandlung Bd. III S. 631. Endemann, Einf. in d. Stud. d. BGB Bd. III S. 355; Matthias, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, Bd. II S. 539; Enneccerus-Lehmann, Bürgerl. Recht Bd. II S. 671; Gaupp-Stein, CPO Vorb. I c vor § 50; Seuffert, Kommentar zur CPO Vorbemerkung vor § 50 No. 2b; Struckmann-Koch, Kommentar zur CPO zu § 243 No. 1; Roth-Becher, Bayrisches Privatrecht Bd. III S. 344 Anm. 13 in Verbindung mit S. 342 Anm. 2; Adamkiewicz,[1] Der Rechtsbegriff der Kuratel, S. 207 ff. (Noch zum Entwurf); Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 43; Rüger, Aus dem Erbrechte des BGB. Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess Bd. 9 (1899) S. 406; Frese: Die künftige Tätigkeit des Nachlassgerichts, ebenda S. 48; Kiehl, Der Eintritt des sachlich Berechtigten in einen Prozess, den ein anderer kraft der im zustehenden Verfügungsmacht geführt hat, Zeitschr. f. Zivilprozess Bd. 30 S. 333; Habicht, Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 685 (indirekt); Weissler, Das deutsche Nachlassverfahren, S. 107. In der Praxis stehen auf diesem Standpunkt: Anscheinend das Kammergericht; Johow, Bd. 22 S. 71 ff, wenn es auch von „Interessen des Nachlasses", „Vertreter des Nachlasses" spricht. Dann auch das Reichsgericht Bd. 50 S. 395 (25. 1. 1902) und OLG Hamburg (12. 11. 02) abgedruckt in der

1. Dessen Ausführungen sind dahin zu verstehen, dass er zwar zugebe, der Entwurf fasse die Nachlasspflegschaft als Personenpflegschaft auf, dies aber für völlig unzweckmässig halte.

Sammlung des Reichsjustizamts von Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Bd. III.

Dagegen haben die Nachlasspflegschaft für eine Vermögenspflegschaft erklärt: Hellwig, Verträge auf Leistungen an Dritte, S. 244 Anm. 473; Anspruch und Klagrecht, S. 73; Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, S. 61/62; Prozessführungsrecht S. 7/8; Civilprozess S. 299; Hagen, a. a. O. S. 74; Titze a. a. O. S. 87; Scheye, Nachlassverwaltung, Erlanger Doktordissertation S. 58.[2]

Das Resultat in der Literatur stellt sich jedoch nicht so überwältigend zu Gunsten der herrschenden Lehre, wenn man nur diejenigen in Betracht zieht, die sich ausführlich geäussert haben.

Vierter Abschnitt.

Die Nachlasspflegschaft eine Vermögenspflegschaft.

I. Kapitel.

Historischer und rechtsvergleichender Beweis.

§ 11.

Der Beweis, dass die Nachlasspflegschaft im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Vermögenspflegschaft in dem festgesetzten Sinne ist, scheint in erster Linie durch eine historische und rechtsvergleichende Betrachtung geführt werden zu können. Der Gedankengang bei dieser wird — wie gewöhnlich bei solchen Gelegenheiten — ein verschiedenartiger sein. Erstens werden wir durch die historische und rechtsvergleichende Darstellung gemeinsam feststellen, dass in allen

---

2. Allerdings spricht er mehr vom Nachlassverwalter.

anderen Rechten — soweit wir übersehen können, ohne Ausnahme — die Nachlasspflegschaft als Vermögenspflegschaft aufgefasst worden ist resp. noch aufgefasst wird. Die Rechtsinstitute sind Erzeugnisse des praktischen Lebens, unsere heutigen Bedürfnisse weichen von den früheren, unsere deutschen von den ausländischen nicht so wesentlich ab, und wenn daher alle anderen Rechte, auf so verschiedenen Systemen sie auch beruhen mögen, bezüglich der Konstruktion der Nachlasspflegschaft einig sind,[1] so kann man schon aus dieser Tatsache allein einen wichtigen Rückschluss auf das BGB ziehen.

Zweitens werden wir durch die historische Darstellung allein feststellen, dass diejenigen Rechte, auf welchen das BGB in dieser Hinsicht beruht, die Nachlasspflegschaft als Vermögenspflegschaft aufgefasst haben, und werden daraus, d. h. aus der Kontinuität der Entwicklung wiederum auf den Charakter der Nachlasspflegschaft im BGB folgern.

Da sich beide Arten in gewisser Weise decken, so werden wir die folgende Darstellung in der Weise vornehmen, dass wir zunächst alle für die erste Erwägung in Betracht kommenden Rechte zusammenstellen, aus welchen sich dann ohne weiteres unser erster Schluss ergibt. Alsdann wird nur ganz kurz gewissermassen als Anhang unsere zweite Erwägung angestellt werden.

§ 12.

Dass andere Rechte auf dem Standpunkt stehen, die Nachlasspflegschaft als Vermögenspflegschaft zu konstruieren, hat man schon vielfach hervorgehoben, aber in welchem Umfang dies der Fall ist, darüber hat man sich kaum jemals[1] Rechenschaft gegeben.

———

1. Vgl. Adamkiewicz, Der Rechtsbegriff der Kuratel, S. 209 und 214.

1. Annähernd hat Adamkiewicz in seinem zitierten Buche dies getan.

Was nun zunächst das römische Recht, wie es im corpus juris niedergelegt ist, betrifft, so hat man gerade in Bezug auf dieses Recht geleugnet, dass es möglich sei, aus ihm einen Schluss auf das moderne deutsche Recht zu ziehen, und zwar aus einem Grunde der Rechtslogik. Man hat nämlich behauptet, es mache einen wesentlichen Unterschied, ob der Erwerb der Erbschaft sich erst durch den Antritt der Erbschaft vollziehe, wie regelmässig[2] im römischen Recht, oder von Rechtswegen wie nach BGB (§ 1942). Ob dieser Grund stichhaltig ist, wird später untersucht werden; vorläufig, wo lediglich, um aus der Uebereinstimmung aller Rechte eine Folgerung zu ziehen, die Tatsache ihres Standpunktes festgestellt wird, kommt eine derartige Erwägung nicht in Betracht.

Es ist allgemein anerkannt und bedarf deshalb keiner besonderen Begründung, dass schon im römischen Recht, wenn auch nur in genau umschriebenen Fällen, ein Nachlasskurator ernannt wurde. Es ist auch ohne weiteres einleuchtend, das gerade bei einem Rechtssystem, welches eine hereditas jacens kennt, schon früh ein dahin gehendes Bedürfnis besonders intensiv hervortrat und sich demgemäss ein Institut bildete.

Auf die Nachlasskuratel beziehen sich vor allem folgende Stellen in den Quellen: zunächst sind am wichtigsten die L. 1 D. de curatore bonis dando 42,7, welche sedes materiae für die Lehre ist. Daneben sind noch zu nennen L. 23 § 2 D. de heredibus instituendis 28, 5; L. 1 § 4 D. de muneribus et honoribus 50, 4; L. 2 D. de feriis et dilationibus et diversis temporibus 2, 12; L. 3 D. de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis 27, 10; L. 8 D. quibus ex causis in

2. Regelmässig wenigstens in den Fällen, in welchen es in Wirklichkeit zu einer Nachlasskuratel kommen wird. Sind heredes domestici vorhanden, so wird dies kaum geschehen,

possessionem eatur 42, 4; L. 22 § 1 D. de rebus auctoritate judicis possidendis seu vendendis 42, 5.[3]

Nach diesen Quellenstellen wird eine Nachlasskuratel einmal dann angeordnet, wenn der Erbe vor der Hand noch ungewiss ist resp. wenn überhaupt ungewiss ist, ob ein Erbe vorhanden sein wird. L. 2 D. h. t. 2,12; L. 1 § 4 D. h. t: 50,4; L. 8 D. h. t. 42,5. Der Hauptfall ist hier der, dass ein heres sub conditione eingesetzt und dass noch unbestimmt ist, ob sich die Bedingung erfüllen wird. L. 1 § 1 D. h. t. 42,7; L. 23 § 2 D. 28,5. Ausserdem kommt es zu einer Nachlasskuratel, wenn der Erbe vor der Hand zögert die Erbschaft anzutreten, L. 22 § 1 D. h. t. 42,5; L. 3 D. h. t. 27,10. War so die Nachlasskuratel in Bezug auf die Fälle, in denen sie einzutreten hatte, in Rom beschränkt,[4] so war sie es desgleichen, was den Umfang der Befugnisse des Kurators betraf. Der Kurator hatte lediglich den Nachlass zu erhalten und die dringenden Schulden zu tilgen. Darauf weisen vor allem die Worte: custodiendis relictis in L. 1 § 4 D. h. t. 50,4 und quae urguebant distrahi in L. 23 § 2 D. h. t. 28,5 hin.

Wenn nun das römische Recht auch nicht weiter als bis zu diesen nach doppelter Richtung beschränkten Fällen gekommen ist, so gab es doch schon im Prinzip eine Nachlasskuratel, welche mit unserer heutigen vergleichbar ist. Dies genügt aber für unsere Zwecke vollkommen, da es hier ja nur auf die allgemeine Charakteristik ankommt.

Es erhebt sich danach die Frage: war die römische Nachlasskuratel eine Personal- oder Realkuratel? Man nimmt

---

3. Vgl. Windscheid, Pandekten, III S. 172, und Adamkiewicz, a. a. O. S. 50. Vgl. zum römischen Nachlasskurator ausserdem Dernburg, Pandekten, Bd. III § 158, und Binder, a. a. O. Bd. I S. 184 ff.

4. Adamkiewicz, a. a. O. S. 49 führt aus, dass die Nachlasskuratel selbst in den aufgeführten Fällen sich nur als ein subsidiärer Notbehelf den Gläubigerimmissionen gegenüber darstellt. Dies lässt sich aus den Quellen begründen.

allgemein an, dass sie Realkuratel war. Wir wollen, um dies auch unsererseits festzustellen, folgendes erwägen.

Die Tatsache, dass es im römischen Recht eine hereditas jacens gibt, hat auf die Frage, ob Personal- oder Realkuratel, zwar keinen bestimmenden Einfluss. Denn trotzdem die Erbschaft zunächst herrenlos ist, kann derjenige, der in Zukunft Erbe werden wird, schon jetzt in Bezug auf den Nachlass vertreten werden. Wir verweisen hier auf das unten Ausgeführte.[5]

Verlangt das Bestehen der hereditas jacens nun auch nicht unumgänglich das Vorhandensein einer Realkuratel, so spricht es doch immerhin zu deren Gunsten. Es wird jedenfalls im Zweifel als natürlicher erscheinen, dass der Kurator eines herrenlosen Vermögens nicht für dessen künftigen Eigentümer zu sorgen hat, sondern für dieses Vermögen.[6]

Dass der Nachlasskurator ein solcher Realkurator ist, dafür spricht ausdrücklich der Wortlaut der Digestenstellen. Es ist hier stets davon gesprochen, dass der Kurator für die Güter — sc. der Erbschaft — ernannt wird. Man wende nicht etwa ein, dass das auch in den meisten Fällen geschieht, wo man es unzweifelhaft mit einer Personenkuratel zu tun hat; denn entweder ist der Unterschied der, dass bei der Personenkuratel keine bestimmte Person genannt ist,[7] wie in L. 1 § 1 D. h. t. 42,7, wo es einfach heisst: curator bonis constituendus erit, oder aber wo das Wort heres oder eine Umschreibung hierfür erwähnt ist, geschieht dies immer nur in der Weise, dass durch Ereignisse, welche in seiner Person liegen, die Voraussetzungen für die Anordnung einer Nachlasskuratel bestimmt werden.[8] Hier sind zu nennen L. 23 § 2 D. h. t. 28,5; L. 2 D. h. t. 2,12; L. 3, D.

5. Vgl. S. 92.

6. Die Umkehrung ist nicht richtig. Vgl. § 7.

7. Vgl. Adamkiewicz, a. a. O. S. 47.

8. Bisweilen tritt dies auch äusserlich durch Bildung eines besonderen Nebensatzes hervor. So in L. 22 § 1 D. h. t. 42, 5.

h. t. 27,10; L. 1 § 4 D. h. t. 50,4 und L. 22 § 1 D. h, t, 42,5, Ganz besonders bezeichnend ist von den erwähnten Stellen die L. 1 § 4 D. h. t. 50,4. In ihr sind die Fälle der Personalkuratel am Anfang scharf denjenigen der Realkuratel am Schluss gegenübergestellt. In den ersteren ist von cura adulti furiosive item prodigi etc. gesprochen, es ist also stets diejenige Person im Genitiv hinzugefügt, auf die sich die cura erstreckt; in den Fällen[9] der Realkuratel dagegen sind im Dativ die Gütermassen, für welche sie angeordnet wird, hinzugesetzt; zu dieser letzteren Gruppe gehört auch die Nachlasskuratel. Denn hier ist von custodiendis relictis curatores constituti gesprochen.

Weiteres erwähnen hiesse längst Anerkanntes überflüssig weit ausführen.

Es kann daher schon nach dem Gesagten mit der herrschenden Lehre angenommen werden, dass der Nachlasskurator der Digesten als Vermögenspfleger aufzufassen ist.

§ 13.

Bevor nun weiter das deutsche Recht vor der Reception betrachtet werden kann, muss noch etwas hervorgehoben werden, was auch für die folgenden Ausführungen vielfach von Wichtigkeit sein wird.

Es ist oben festgestellt worden, dass die Pflegschaft in einer Fürsorge besteht. Der Staat lässt diese durch eine Person, eben den Pfleger, ausüben. Nun lässt sich — mindestens wenn es sich um Vermögensangelegenheiten[1] handelt

9. Die Nachlasskuratel ist nämlich bei weitem nicht die einzige Realkuratel in Rom. Vgl. hierüber Windscheid-Kipp, Pand. III, S. 172, insbesondere Anm. 4.

1. Es mag hier daran erinnert werden, dass dabei nicht etwa nur an eine Vermögenspflegschaft zu denken ist, sondern dass Vermögens-

— gewissermassen als unentwickelte Vorform auch denken, dass der Staat das betreffende Vermögen unmittelbar in irgend welcher juristischen Form in seine Verwahrung resp. Verwaltung nimmt und dass er so selbst die Fürsorge ausübt.[2]

Diese Vorform findet sich nun in der Tat vielfach und zwar gerade fast durchgängig im älteren deutschen Recht. Im übrigen trifft man sie meist in noch wenig entwickelten Rechten.

Ob diese Vorform eine solche der Personen- oder Vermögenspflegschaft ist, d. h. ob durch die Verwahrung resp. Verwaltung für eine Person oder ein Vermögen gesorgt werden soll, lässt sich nicht ohne weiteres beantworten. Beides ist möglich. Es kommt dabei auf die näheren Umstände an.

Worin diese liegen, inwieweit die Ausdrucksweise im Gesetz für sich allein massgebend ist etc., lässt sich nicht einheitlich sagen. Nur eins kann hier schon festgestellt werden. Wenn diese Fürsorge ganz offensichtlich unter dem Gesichtspunkt geschieht, dass der Staat eventuell einen Anspruch auf das Vermögen hat, so liegt hier eine Vorform der Vermögenspflegschaft vor, gerade so, wie man, handelte es sich um eine richtige Pflegschaft, darin einen Grund für das Vorhandensein einer Vermögenspflegschaft erblicken würde. Das Vermögen soll dann dem Staate mit Rücksicht auf

---

angelegenheiten auch durch einen Personenpfleger wahrgenommen werden können. Der Gegensatz von Vermögensangelegenheiten sind persönliche Angelegenheiten.

2. Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Vorform reines öffentliches Recht wäre. Dies hat nämlich für die Frage, ob Personen- oder ob Vermögensfürsorge, nicht die Bedeutung, wie wir sie bei Gelegenheit einer näheren Konstruktion der Vermögenspflegschaft kennen lernen werden. Wir haben daher auch eine diesbezügliche Erörterung erst in unseren dritten Hauptteil gestellt. Es macht eben in jedem Fall einen Unterschied, ob der Staat für Personen oder Vermögen sorgt, sogar im öffentlichen Recht.

dessen eventuelles Recht erhalten werden, auf die beteiligten Personen wird dabei regelmässig, wenn überhaupt, so doch nur untergeordnete Rücksicht genommen.

§ 14.

Für das ältere deutsche Recht, welches, wie schon hervorgehoben wurde, fast durchgängig die gedachte Vorform hinsichtlich der Nachlasspflegschaft enthielt, kann dadurch, dass dort der eben erwähnte Anhaltspunkt vorliegt, nachgewiesen werden, dass diese Vorform eine solche der Vermögenspflegschaft ist.

Die Nachlassbehandlung bestand darin, dass, wenn jemand starb und sich zunächst keine Erben fanden — so ist wohl das häufig vorkommende Wort ervelos oder die Synonyma dieses Wortes zu verstehen[1] — der Nachlass von der Obrigkeit, dem „Richter", an sich genommen wurde. Diese Obrigkeit erhielt den Nachlass zunächst zu mehr oder weniger beschränktem Eigentum. Meldete sich binnen Jahr und Tag ein Erbe und wies er sich aus, so erhielt er den Nachlass, jedoch behielt die Obrigkeit wohl meistens die Nutzungen der Zwischenzeit. Sonst verfiel das Vermögen der Obrigkeit nach Jahr und Tag endgültig.

Die Folge von dieser Regelung ist — was ausserordentlich bedeutsam erscheint —, dass sich die für uns wichtigen Bestimmungen im deutschen Recht nicht etwa unter dem Gesichtspunkt der Fürsorge für den Nachlass angeordnet finden, sondern im Erbrecht des Fiskus am Ende der Erbfolgeordnung stehen.

Im folgenden ist im einzelnen nachzuweisen, dass sich in

1. Sonst wäre es ein Widerspruch, das sich nachher ein Erbe melden kann. Ein korrekter Ausdruck findet sich im Hagenauer Stadtrecht, vgl. unten S. 50.

den deutschen Rechtsquellen diese Regelung findet. Natürlich können hier nur die hervorragendsten Rechtsbildungen angeführt werden, weil es für uns nicht auf Einzelheiten, sondern nur auf das Prinzip ankommt.

Wenn hier von dem älteren deutschen Recht die Rede ist, so ist damit die Zeit der Landrechtsbücher und Stadtrechte gemeint; denn die Volksrechte sind noch zu wenig entwickelt, um eine derartige nicht ganz einfache Frage zu berühren.[2]

§ 15.

Das erste und hervorragendste der Landrechtsbücher, der Sachsenspiegel[1] bestimmt in Buch I Art. 28: „wat süsgedanes dinges ervelos irstirft, herwede oder erve oder rade, dat sal man antwerden deme richtere oder deme vronen boden, of he't eschet, na deme drittegesten."

Dies gilt für fahrende Habe sowohl wie für Eigen.[2] Bezüglich der Zeit, während welcher der Richter die Güter aufzubewahren hat, macht der Sachsenspiegel einen Unterschied

---

2. Wo in den Volksrechten das Erbrecht des Fiskus erwähnt wird, ist dies gewöhnlich nur ganz kurz der Fall, ohne dass ein Verfahren, welches dem endgültigen Erwerb dieser Erbschaft voraufginge, näher geregelt würde. Vgl. z. B. Lex Salica 60 sed hereditatem ipsius fiscus adquirat, 62,2 quod si de nulla paterna seu materna nullus parens non fuerit, illa portio in fisco colligatur. Edictum Rotharis 224, Liutbrant 18,32 et si parentes propinqui non fuerint, succedat curtis regia. Lex Bajuv. 14, 9, 4 quod si maritus et mulier sine heredes mortui fuerint et nullus usque ad septimum gradum de propinquis et quibuscunque parentibus invenitur, tunc illas res fiscus adquirat. Diese Stellen sind auch zitiert bei Schröder, Rechtsgeschichte S. 334, Anm. 319.

1. Vgl. Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels mit Rücksicht auf die verwandten Quellen, 1828. Der Text ist nach der Ausgabe Homeyer zitiert.

2. Vgl. Sydow, a. a. O. S. 298.

zwischen Fahrnis und Eigen. Fahrnis wird Jahr und Tag aufgehoben (Art. 28), Eigen 30 Jahre und Jahr und Tag,[3] beide in Ausnahmefällen — bei echter Not — noch länger. Meldet sich während dieser Zeit (Art. 28) jemand, der sich als Erbe ausweisen kann, so erhält er die Erbschaft, sonst fällt diese an die Obrigkeit, und zwar Fahrnis an den „richter", d. h. wohl an den Landesherrn (Art. 28),[4] bei Eigen wird nach der Grösse unterschieden (Buch III Art. 80).[5]

Der Spiegel deutscher Leute,[6] der ja auf dem Sachsenspiegel beruht,[7] hat demgemäss fast völlig gleiche Bestimmungen wie dieser. Nach No. 32 soll, wenn nach dem 30. Tage nach dem Erbfall niemand da ist, „der sich des gutes vnterwinde," der Herr des Landes sich des Nachlasses

> „vnderwinden mit seinen poten vnd sol daz gut in seiner (hant) haben iar vnd tag vnvertan". Der Herr soll dann „warten ob sich iemen dar zu ziehe mit recht inner iar vnd tage".

Geschieht dies nicht — in Ausnahmefällen bekommt auch hier wieder der Erbe die Erbschaft noch später — so kann der Landesherr den Nachlass zu seinem Nutzen verwenden.

Diese Aufbewahrungsfrist gilt aber wohl wieder nur hinsichtlich der Fahrnis. Von Ausnahmen abgesehen,[8] kann man sich an einem Eigen nur in 30 Jahren verschweigen (No. 32b). Auch ist wohl wieder nicht schlechtweg der Landesherr diejenige Obrigkeit, an welche das Eigen schliesslich fällt (vgl. No. 347).

---

3. Vgl. Sydow, a. a. O. S. 300, Art. 29.
4. Vgl. Sydow, a. a. O. S. 296.
5. Vgl. jedoch hierzu Sydow, a. a. O. S. 297, welcher diesen Bestimmungen keine grosse Bedeutung beilegt.
6. Ausgabe Ficker.
7. Vorrede zur angegebenen Ausgabe, S. III ff.
8. Eine Ausnahme gilt (No. 32 b) für „daz reich vnd die swabe".

Der Schwabenspiegel,[9] der wiederum auf den Spiegel deutscher Leute zurückgeht,[10] bestimmt in § 30, dass, wenn jemand stirbt und ausserdem noch gewisse Vorbedingungen erfüllt sind, folgendermassen zu unterscheiden ist:

„ist ez vf dem lande, so sol sich sin (d. h. des Nachlasses) der lantrichter vnder winden vnd ist ez in einer stat, so vnder winde ez sich der stete herre oder der rihter".

Der Nachlass wird dann wieder Jahr und Tag aufbewahrt und, falls sich während dieser Zeit jemand als Erbe ausweist, diesem ausgehändigt. In Ausnahmefällen — bei echter Not — erhält der sich Meldende den Nachlass auch noch später. Meldet sich während Jahr und Tag niemand und liegt kein Ausnahmefall vor, dann fällt der Nachlass an die Obrigkeit, wie in 165b näher bestimmt ist.

§ 16.

Die zweite rechtliche Hauptgruppe in dieser Periode ist die der Stadtrechte. Die Stadtrechtsquellen zerfallen in eine ältere Form, die der Privilegien oder der sg. Handfesten und in eine jüngere, welche aus denjenigen Rechtserzeugnissen besteht, die nicht von aussen her der Stadt verliehen sind. Hierher gehören eigentliche Satzungen und schlichte Rechtsaufzeichnungen.

Wir beginnen mit der Erwähnung zweier hanseati-

---

9. Ausgabe Lassberg.

10. Die Aehnlichkeit zwischen Deutschspiegel und Schwabenspiegel lässt sich übrigens ganz besonders hier hinsichtlich der gebrauchten Worte und ihrer Stellung erkennen. Doch ist auch ebenso eine gewisse Rückbildung unverkennbar; denn der Sachsenspiegel ist am klarsten und der Schwabenspiegel am unklarsten. Vgl. auch die Vergleichungstafel bei Ficker a. a. O.

scher Handfesten, nämlich einer Lübecker und einer Bremenser.[1] Beide sind von Friedrich Barbarossa gegeben, die erste 1188, die zweite 1186. Das Privileg für Lübeck bestimmt:

„Si quisquam mortuus ibi fuerit et forte heredem non habuerit, omnem hereditatem . . . annum et diem . . . reservandam censuimus . . .

Kommt während dieser Zeit kein Erbe, so fällt der Nachlass an den König.

Das Privileg für Bremen enthält zwar nicht so deutliche Bestimmungen, doch geht auch aus ihnen hervor, dass die Regelung etwa ebenso wie in Lübeck war, nur dass der Nachlass von vornherein in die Gewalt des Königs kam.

Dasjenige Stadtrecht, welches die grösste Bedeutung erlangt hat, ist das magdeburgische. Das Magdeburger Recht beruht vielfach auf dem Sachsenspiegel. Durch Bewidmungen wurde es besonders nach Schlesien, aber auch z. B. nach Kulm und nach Halle verpflanzt.

Das Verfahren dem „erblosen“ Nachlass gegenüber ist im ganzen Gebiet des Magdeburger Rechts anscheinend genau dasselbe wie nach dem Sachsenspiegel. Verschiedentlich ist gesagt, dass wenn nach Jahr und Tag sich niemand als Erbe ausweisen kann, der Nachlass an den König fällt. Während dieser Zeit wird mit dem Nachlass offenbar ebenso verfahren wie nach dem Sachsenspiegel.

Die erwähnte Bestimmung findet sich im sächsischen Weichbild, und zwar in Art. 96,[2] in der Breslauer Urkunde[3] des Rechts von 1261 § 41 und endlich auch in dem von den Schöffen in Magdeburg im Jahre 1304 der Stadt Görlitz mitgeteilten Recht Art. 67.

An Stelle des Königs trat dann später, wie wir aus

1. Beide Handfesten finden sich in Emminghaus, corpus juris germanici S. 27/28.

2. Ausgabe von Daniels.

3. Vgl. Gaupp, Altes magdeburgisches und hallisches Recht, wo die Urkunde abgedruckt ist.

einem Magdeburger Schöppenspruch ungefähr vom Jahre 1550 für Zerbst erfahren, der Rat der Stadt. Sonst blieb wohl alles jahrhundertelang beim alten.[4]

Ein anderer wichtiger Oberhof besonders für das sächsisch-thüringische Deutschland war Goslar.[5] Von dieser Stadt sind zwei Rechtsquellen hier von Bedeutung, nämlich ein Privileg Friedrichs II. vom Jahre 1219 und die Goslarischen Statuten aus dem 14. Jahrhundert.

Das Privileg enthält eine einschlägige Vorschrift lediglich bezüglich des Nachlasses eines advena. Dort heisst es:[6]

„. . . haereditatem advenae per unius anni circulum in manu alicuius burgensis salvam faciet servari; infra quod tempus si nemo venerit, qui eam petat, tunc demum ipsam haereditatem advocatus sibi retinebit."

Es liegt also hier der im deutschen Recht seltene, vielleicht der einzige Fall vor, dass nicht der Obrigkeit, insbesondere nicht dem Vogt die Aufbewahrung des Nachlasses während des Jahres obliegt. Es handelt sich hier vielmehr um eine Art richtiger Nachlasspflegschaft.

Diese Besonderheit ist in den Statuten weggefallen. Dafür ist die für den advena geltende Bestimmung des Privilegs verallgemeinert. Die betreffende Stelle des Statuts lautet:

„Wat ervelos irsterft . . . des underwint sich de voghet unde halt dat iar unde dach. Ne kumt dar binnen neman de sich dar tu ten möghe mit rechte, so kere dat de voghet in sine nüt. Kumt aver de rechte erve dar binnen, deme scal man dat antwarden."[7]

---

4. Vgl. Magdeburger Schöppensprüche, Ausgabe Friese und Liesegang, II No. 92; S. 782 stellen die Herausgeber die Regelung der Nachlassbehandlung ebenso dar, wie hier geschehen ist.

5. Vgl. Goslarische Statuten von Göschen, S. VII und Ortloff, Das Rechtsbuch nach Distinktionen, S. XXV.

6. S. 114 der Göschenschen Ausgabe, Reihe 32—35.

7. Göschen, a. a. O. S. 9 Reihe 1—5.

Die Unterschiede der verschiedenen Redaktionen dieses Statuts sind für uns ohne Bedeutung.[8]

Sächsischen Rechts im allgemeinen, eine Bearbeitung des Sachsenspiegel Landrechts und der zuletzt erwähnten Stadtrechte, nämlich des magdeburgischen und des goslarischen, im besonderen ist das Rechtsbuch nach Distinktionen.[9] Das Rechtsbuch enthält folgende Bestimmung, auf welche der Einfluss des Sachsenspiegels ganz unverkennbar ist. Buch I, Cap. 20, Dist. 2:

„Waz erbeloz ersterbet von erbe, hergewete adder gerade, dez sal sich underwinden daz gerichte, unde sal daz halden ior unde tag in sinen gewern."

Kommt dann während dieser Zeit niemand, so fällt der Nachlass an die Obrigkeit. Wer diese im Einzelnen darstellt, ist genau bestimmt,[10] und zwar noch ausführlicher als im Sachsenspiegel.

§ 17.

Auch von den oberdeutschen Stadtrechten sind noch einige Beispiele erwähnenswert.

Das Recht der Stadt Hagenau i. E. ist deshalb besonders wichtig, weil es das Mutterrecht für viele andere Städte des Elsass geworden ist. Nach einem Privileg[1] für die Stadt Hagenau von Friedrich I. (1164) gilt nach § 3 folgendes: Wenn nach einem Erbfall „heredes" „praesentes non fuerunt",[2] nimmt der judex unter Mitwirkung von mindestens septem ejusdem loci fideles — einer kollegialischen

8. Vgl. Göschen, a. a. O. S. 173.

9. Ausgabe Ortloff. Ueber die Quellen des Rechtsbuchs vgl. dort Einleitung, S. XXI ff.

10. Rechtsbuch a. a. O. und Buch I Cap. XXXVI Dist. IV.

1. Ausgabe Gaupp, Sammlung deutscher Stadtrechte, S. 93 ff.

2. Hier findet sich der logisch korrekte Ausdruck, von dem oben gesprochen worden ist.

Stadtbehörde[3] — den Nachlass in Verwahrung. Darüber, was dann weiter mit diesem geschieht, bestimmt das Privileg in demselben § 3, dass

annalem et diurnam rerum suarum sine detrimento conservacionem dem Richter obliegen solle.

Meldet sich während dieser Zeit niemand, so fällt der Nachlass an den Richter.

Nach § 24 des Freiburger Statuts von 1120[4] [5] verwahren, wenn zunächst keine Erben vorhanden sind, die 24 Konsuln[6] den Nachlass Jahr und Tag. Kommt während dieser Zeit ein rechter Erbe, so erhält er den Nachlass, sonst dient dieser zu einem Drittel dem Seelenheil des Verstorbenen, ein zweites Drittel erhält der Herr der Stadt, der Herzog von Zähringen,[7] das letzte Drittel endlich wird für die Befestigung der Stadt verwandt.

Die Berner Handfeste,[8] welche der Stadt 1218 vom König Friedrich II. verliehen wurde, enthält eine den vorigen ganz analoge Bestimmung in Nr. 51.[9] Diese anzuführen, dürfte sich erübrigen.

---

3. Sie sind wahrscheinlich identisch mit den conjurati civitatis, und diese sind eine kollegialische Stadtbehörde. Vgl. Gaupp, a. a. O. S. 94.

4. Bei Gaupp: Ueber deutsche Städtegründung, Stadtverfassung und Weichbild im Mittelalter, besonders über die Verfassung von Freiburg im Breisgau verglichen mit der Verfassung von Cöln, Anhang S. 388 ff.

5. Zöpfl, Das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina S. 46/47 bezeichnet das magdeburgisch-hallische und das cölnische Recht als die zwei grossen Hauptfamilien der Stadtrechte. Vielleicht das hervorragendste Recht der zweiten Gruppe ist aber das Freiburger, also hat es eine ausserordentlich grosse Bedeutung.

6. Eine kollegialische Behörde, die eigentliche Gemeindeobrigkeit von Freiburg. Vgl. Gaupp. a. a. O. S. 198.

7. Vgl. Gaupp, a. a. O. S. 174.

8. In Gaupps deutschen Stadtrechten Bd. II S. 38 ff.

9. Die Aufbewahrung geschieht durch den Richter und das concilium, ein Kollegium von Konsuln, welche wohl gleichzeitig als Schöffen fungierten.

Es sei nun zum Schluss noch, weil auch nicht ohne Bedeutung, das Stadtrecht von Wiener-Neustadt erwähnt. Es ist eine schlichte Rechtsaufzeichnung des 14. Jahrhunderts, die sich die Form einer Satzung eines Herzogs Leopold von Oesterreich gibt.[10] Es enthält wieder nur eine Bestimmung bezüglich eines in der Stadt sterbenden Fremden. Die hier in Frage kommende Stelle[11] (Cap. LXXXIII) lautet:

„Si moriens nihil ordinatur, cives bona defuncti per annum et diem custodiant, infra quod spatium, si aliquis venerit, qui se haeredem. . . . ostenderit . . . idem . . . bona defuncti . . . assignentur. Si autem nemo venerit, tunc medietas illorum pro communi utilitate civitatis et alia medietas in ipsius animae remedium expendatur.[12]

Hiernach glauben wir den oben S. 44 in Aussicht gestellten Beweis geführt und so mittelbar nachgewiesen zu haben, dass die Behandlung des anscheinend erblosen Nachlasses im deutschen Recht vor der Rezeption in einer Weise geregelt war, dass man in dieser Regelung eine Vorform der Vermögenspflegschaft erblicken kann.

§ 18.

Anhangweise sei noch ein anderes nicht deutsches Recht germanischen Ursprungs besprochen, nämlich ein dänisches Provinzialrecht: das jütische Low.[1] Es enthält etwa dieselbe Regelung wie die eigentlich deutschen Rechte.

10. Vgl. Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, S. 112, und Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 691.

11. Vgl. v. Würth, Stadrecht von Wiener-Neustadt.

12. Etwa dieselbe Bestimmung findet sich im Recht der Stadt Ens von 1212 No. 17; in dem von Leopold VII 1221 der Stadt Wien verliehenen Recht No. 48 — abgedruckt bei Gaupp, Deutsche Stadtrechte Bd. II, S. 206 ff und S. 238 ff.

1. Ausgabe Emanuel Woelfel 1717 mit Glossen von Blüting. Das

Nach dem jütischen Low bleibt, wenn jemand stirbt, der Erbschaftsbesitzer zunächst 30 Tage im ungestörten Besitz des Nachlasses. Von Ausnahmen abgesehen,[2] muss dann am 30. Tage oder am nächsten Dingtag der Erbe den Nachlass verlangen (Buch I, Kapitel XXIII, § 1). Meldet sich der Erbe nicht,[3] so gelten die §§ 6 und 7.

Nach diesen wird der Nachlass — wenigstens soweit es sich um bewegliches Gut handelt — hinterlegt, und zwar wohl bei dem Rat in den Städten oder dem Hardes-Vogt auf dem Lande. Nach Jahr und Tag erhält, wenn sich niemand gemeldet hat, der König den Nachlass, nimmt ihn aber — das ist eine Ausnahme von der Regel — vorläufig[4] nur in Verwahrung für den Fall, dass doch noch Erben kommen, und behält ihn nur endgültig, wenn dies nicht geschieht.[5] Gemäss dem oben Gesagten hat man es auch hier mit einer Vorform einer Vermögenspflegschaft zu tun.

§ 19.

Das gemeine Recht und die Rechtsbildungen auf seiner Grundlage.

Nach gemeinem Recht und nach den anderen hier auf-

---

jütische Low ist ein Gesetz Waldemars II von 1241. Hierüber sowie über den Charakter des Gesetzes als dänisches Provinzialrecht vgl. Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte S. 229.

2. Vgl. Jütisches Low, Buch I Kap. XXIII §§ 2—5.

3. Vgl. hierzu Glossa in der zit. Ausgabe S. 54 f.

4. Von vornherein dauernd fällt der Nachlass nach Jahr und Tag an die Obrigkeit (den Rat) nach dem Schleswigschen Stadt Recht Cap. 19, Flensburger Stadt Recht Cap. 90 und Apenrader Stadt Recht Cap. 96, zitiert in der Glosse zum jütischen Low, S. 95. Ueber die Abstammung dieser Rechte von dem jütischen Low vgl. auch Schröder, a. a. O. S. 685.

5. Wann dies endgültig als festgestellt anzusehen ist, wird nicht gesagt. Im übrigen ist diese Stelle ein Beweis, wie flüssig die Grenze zwischen provisorischem Eigentum und vorläufiger Verwahrung seitens der Obrigkeit im vorliegenden Falle ist.

geführten Rechten vollzieht sich — worauf schon oben bei der Betrachtung des römischen Rechts hingewiesen wurde — der Erwerb der Erbschaft in der Mehrzahl der in Betracht kommenden Fälle erst durch Antretung.

Diese Tatsache ist der ganzen Gruppe gemeinsam[1] und typisch für dieselbe.

Nach der Rezeption des römischen Rechts hat man auch im gemeinen Recht daran festgehalten, dass der Nachlasskurator Vermögenspfleger ist. Dies ist hier mit einigen Beispielen zu belegen.

Dass zunächst die Glosse annimmt, dass der curator hereditatis nur mit dem Nachlass und nicht mit den Erben zu tun hat, ergibt sich daraus, dass die Worte constituendus erit in L. 1 § 1 D. de curatore bonis dando 42,7 von der Glosse[2] mit den Worten erklärt werden: ad conservanda bona dumtaxat.[3]

Was die deutsche moderne gemeinrechtliche Theorie betrifft, so zeigen die Pandektenlehrbücher,[4] und zwar alle, soweit wir übersehen können, dass die Nachlasskuratel als Vermögenspflegschaft aufgefasst worden ist.

Auch die gemeinrechtliche Praxis hat auf diesem Standpunkt gestanden.[5]

---

1. Die Umkehrung dieses Satzes ist nicht richtig. Nicht alle Rechte deutschen Ursprungs haben einen Erbschaftserwerb von Rechtswegen. Vgl. unten § 26.

2. Corpus juris cum glossa Ausgabe Dionysius Gothofredus Bd. III Digestum novum Spalte 602°.

3. Vgl. auch Bartolus ad. l. 1,2 D 42,7.

4. Vgl. Windscheid-Kipp, a. a. O., Bd. III S. 172. Dernburg, Pandekten, Bd. III § 41. Vgl. ausserdem Ubbelohde, Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 61 S. 26 ff.

5. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 37 S. 322. (Hier ist als Aufgabe des Kurators angegeben, dass er die Verwaltung und in gewissem Umfang selbst die Vertretung des Nachlasses gegen Dritte hat), vor allem aber Seuffert, Archiv Bd. 30 S. 60. (Der curator hereditatis ist bonis datus.)

§ 20.

Im einzelnen mag dann auf zwei Hauptgruppen der deutschen gemeinrechtlichen Theorie eingegangen werden, auf die hessische und die sächsische, sowie auf die hessische Praxis.

Dafür, dass die hessische Theorie an der erwähnten Auffassung festhielt, sei hier auf das in dieser Hinsicht grundlegende Buch von Roth, Hessisches Privatrecht, S. 595, hingewiesen, bezüglich der hessischen Praxis auf einige Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel, nämlich auf die vom 18. August 1830[1] und auf die vom 17. Januar 1835.[2] [3]

In diesen Entscheidungen ist allerdings nur gesagt, dass der Kurator weder Vertreter des Nachlasses noch der Erben sei, sondern dass ihm lediglich die custodia des Nachlasses obliege. Hieraus kann man jedoch erkennen, dass die hessische Praxis streng an den Quellenstellen festgehalten und keine Weiterbildung hinsichtlich der Aufgaben des curators vorgenommen hat. Dies geht auch noch besonders daraus hervor, dass als einzige zugelassene Ausnahmen von dem erwähnten Grundsatz diejenigen genannt werden, die quellenmässig sind. Ist aber die Praxis in der erwähnten Beziehung nicht über das römische Recht hinausgekommen, so wird man auch annehmen können,[4] [5] dass die prinzipielle

---

1. Bei Pfeiffer, Praktische Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft mit Erkenntnissen des O. A. G. zu Cassel, S. 383.

2. Bei Strippelmann, Neue Sammlung bemerkenswerter Entscheidungen des Oberappelations-Gerichtes zu Cassel, Bd. I S. 203.

3. Abweichend allerdings Entscheidung vom 6. Jan. 1844 bei Strippelmann Bd. VI S. 340.

4. Vgl. hierzu insbesondere Strippelmann, a. a. O. Bd. I S. 219/220, wo der Umfang der Befugnisse des Kurators vollständig aus den Quellen erklärt wird.

5. Wie wir oben sahen, ist die Konstruktion überhaupt nichts vom Gesetz selbst Festgesetztes. Dieses kann regelmässig nur mittelbar,

Auffassung des Nachlasskurators, wie sie im römischen Recht war, beibehalten worden ist.[6]

Danach ist der Nachlasskurator ein Vermögenspfleger.

Auch die sächsische gemeinrechtliche Jurisprudenz hat an dieser Auffassung des Nachlasskurators festgehalten, wie man aus einem Lehrbuch des sächsischen Zivilrechts[7] vor der Abfassung des sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs entnehmen kann.

§ 21.

Was die Kodifikationen auf gemeinrechtlicher Grundlage betrifft, so enthält zunächst der Codex Maximilianaeus Bavaricus (das bayrische Landrecht) folgende Bestimmung. I. Teil, 7. Kapitel, § 39:

> „Liegenden Erbschaften gibt man (I mo) Kuratoren, wenn die Erben entweder gar nicht bekannt oder wenigstens in der Deliberation begriffen sind.“

Hiernach[1] hat die Wissenschaft diesem Kurator genau

---

durch die einzelnen Bestimmungen auf die Konstruktion einwirken. Bleiben die Bestimmungen dieselben, so liegt daher auch kein Grund vor, die Konstruktion zu ändern.

6. Eine Aenderung ist allerdings insofern eingetreten, als die Nachlasskuratel nach hessischem Recht als Ausfluss der obervormundschaftlichen Fürsorge erscheint, während sie nach römischem Recht hauptsächlich zwecks Sicherstellung der Gläubiger stattfand (vgl. Roth, a. a. O. S. 594). Durch diese Aenderung wird die prinzipielle Auffassung nicht berührt. Höchstens könnte die Aenderung zu gunsten der Vermögenspflegschaft sprechen. Denn nach dem gemeinen Recht, wie es sich in Hessen entwickelt hat, wird bedeutend mehr Wert darauf gelegt, dass die Nachlasskuratel im Interesse aller Beteiligten stattfindet (vgl Roth, a. a. O. S. 594, vgl. auch Ubbelohde, a. a. O. S. 28).

7. Curtius, Sächsisches Zivilrecht, 1846, Bd. I S. 566 in Verbindung mit 559/560.

1. Vgl. Roth-Becher, Bayrisches Privatrecht, Bd. III, S. 345.

dieselbe Stellung gegeben wie dem curator hereditatis des gemeinen Rechts.

Die Stellung des Verlassenschaftskurators im österreichischen Recht ist geregelt durch das Gesetz vom 9. August 1854 (zitiert bei v. Stubenrauch, Kommentar zu § 548 d. österr. BGB). Dieser Kurator ist — nach Stubenrauch — zu unterscheiden[2] von dem nach § 811 d. österr. BGB im Interesse der Verlassenschaftsgläubiger zu bestellenden curator litis und auch von dem für minderjährige oder abwesende Erben zu bestellenden curator personarum. Etwas später sagt Stubenrauch: „Er hat die Vertretung des Nachlasses“. Also auch hier findet man einen Vermögenspfleger.[3]

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen endlich bestimmt in § 2247:

„Sind alle Erben unbekannt, so hat das Erbschaftsgericht für die Erbschaft einen Vertreter zu bestellen.“

Und in § 2248:

„Der Vertreter hat für die Erhaltung der Erbschaft zu sorgen . . . Im Uebrigen ist seine Verwaltung der Erbschaft nach den Vorschriften über die Altersvormundschaft zu beurteilen.“

Auch hier wird man annehmen müssen, es handele sich um eine Vermögenspflegschaft, wenngleich gewisse[4] Bedenken[5] wegen des letzten Satzes des § 2248 vorliegen;

2. Dagegen ist etwas Aehnliches der Hausgenosse oder Nachbar, der nach dem cit. Gesetz vorläufig mit der Aufsicht betraut wird.

3. Vgl. auch Pfaff und Hoffmann, Kommentar z. österr. BGB zu § 547 IVb. Der curator wird auch nach ihm „für den Nachlass“ bestellt. Vgl. auch Adamkiewicz, a. a. O. S. 144.

4. Das BGB für Sachsen ist ja auch nur 12 Jahre vor der preussischen Vormundschaftsordnung entstanden. Und diese war, wie wir sehen werden, eins der wenigen Gesetze, bei welchen es überhaupt zweifelhaft sein konnte, ob die Nachlasspflegschaft eine Vermögenspflegschaft war oder nicht.

5. Vgl. Siebenhaar, Komment. z. § 2248; vgl. Randa, Erwerb der Erbschaft, S. 64.

denn man wird nicht fehlgehen, wenn man in diesem Satz lediglich eine Bestimmung bezüglich des Umfanges der Funktionen des Nachlassvertreters erblickt.

§ 22.

Lebhafter als in jedem anderen Rechtsgebiet bestand im preussischen Recht[1] Streit, ob die Nachlasspflegschaft als Personen- oder als Vermögenspflegschaft aufzufassen sei.

Man muss zunächst zwei Perioden unterscheiden: die Zeit des Allgemeinen Landrechts und die der preussischen Vormundschaftsordnung.

Der massgebende Paragraph im Allgemeinen Landrecht für die eigentliche Verlassenschafts-Curatel — es gibt noch eine Reihe verwandter Kuratelen — ist der § 471, Teil I, Titel 9, welcher lautet:

> „Ist gar nicht bekannt, wer Erbe sei, so muss der Richter, nach Ablauf dreier Monate vom Todestage des Erblassers, oder auch noch früher, wenn es die Umstände des Nachlasses erfordern, demselben einen Curator bestellen."

Dieser Curator wird im § 487 Verlassenschafts-Curator genannt.

Es kann zunächst keinem Zweifel unterliegen, dass der Wortlaut dieses Paragraphen für die Auffassung der Verlassenschafts-Curatel als einer Vermögenspflegschaft spricht. Denn das Wort „Erbe" ist nur in dem Nebensatz erwähnt, in welchem bestimmt ist, wann überhaupt eine Verlassen-

---

1. Vgl. zum folgenden: Eccius, Preuss. Privatrecht, Bd. IV S. 235 Anm. 16; Schultzenstein, Die Vormundschaftsordnung, Anm. 2 zu § 90; Dernburg, Preuss. Privatrecht, Bd. III S. 632; ders., Vormundschaftsrecht für die preussische Monarchie S. 402; Koch, Kommentar zum Allgemeinen Landrecht zu § 471 Teil I Titel 9; Behrend bei Gruchot, Bd. 28 S. 467: Besprechung des „Preussischen Privatrechts" von Eccius.

schafts-Curatel eingeleitet werden solle, in derselben Weise, wie wir dies oben bei Gelegenheit der Betrachtung des römischen Rechts gesehen haben.

Dafür, dass die Verlassenschafts-Curatel eine Vermögenspflegschaft ist, sprechen aber noch andere Erwägungen.[2] Zunächst der § 487 I, 9. Dort ist bestimmt, dass unter Umständen der sich auf eine öffentliche Vorladung nach § 477 angebende Erbe mit dem entweder schon bestellten oder noch zu bestellenden Verlassenschafts-Curator sich etwa bezüglich seines Erbrechts ergebende Anstände „erörtern" müsse. Wäre nun dieser Verlassenschafts-Curator Personenpfleger, so wäre er der eventuelle Vertreter dieses Erben. Damit steht es aber in einem gewissen Widerspruch, dass er bei einer derartigen „Erörterung" ihm geradezu als Gegner gegenübersteht.[3]

Auch dass nach § 476 der Kurator sich „vornehmlich" die Ausmittelung und Entdeckung des eigentlichen Erben möglichst angelegen sein lassen solle, passt wenig zu der Auffassung eines solchen Kurators als eines Personenpflegers. Es wäre — wie Adamkiewicz[4] u. E. richtig bemerkt — merkwürdig, dass sich der Vertreter denjenigen suchen soll, den er vertritt.

Hierzu kommt vor allem der § 490 in demselben Titel. Nach diesem Paragraphen kann der angebliche Erbe, welcher sich nach Vorschrift des § 484 legitimiert hat, der Regel nach fordern, dass er in der Zwischenzeit zum Curator des Nachlasses[5] bestellt, und ihm in dieser Eigenschaft die Verwaltung desselben übertragen werde. Wäre nun der Verlassenschafts-Curator Personenpfleger, so wäre alsdann der Erbe sein eigener Vertreter, was offenbar kein befriedigendes Ergebnis ist.

———

2. Vgl. zum folgenden besonders Koch, a. a. O. I zu § 471.
3. Vgl. Motive zum BGB. Bd. V S. 551.
4. Vgl. Adamkiewicz, a. a. O. S. 216.
5. Hier ist nicht „Curator der Verlassenschaft" gesagt.

Ausserordentlich bezeichnend ist es ferner, dass für den Fall, dass die Person des Erben bekannt ist und nur der Aufenthalt desselben nicht ermittelt wird, die §§ 471 ff. überhaupt garnicht Anwendung finden, sondern dass dem Erben nach § 468 ein Abwesenheitsvormund bestellt wird. Wäre der Verlassenschafts-Curator ein Personenpfleger, so wäre er auch eine Art Abwesenheitsvormund, und es läge dann jedenfalls kein Grund vor, den Fall, dass der Erbe bekannt ist, von demjenigen, dass er nicht bekannt ist, so prinzipiell zu trennen.

Auch die Tatsache, dass das Allgemeine Landrecht für den Fall, dass keine Erben da sind, den Anfall an den Fiskus in der Weise auffasst, dass der Nachlass herrenlos ist, und alsdann als solcher an den Fiskus fällt (§ 481 zit. Tit.), spricht gegen die Auffassung des Verlassenschafts-Curators als eines Personenpflegers. Denn in diesem Fall würde es sich ja herausstellen, dass er überhaupt niemanden vertreten hat. Derartiges kann allerdings — so beim nasciturus — vorkommen. Dann ist aber die juristische Konstruktion eine andere.[6] Für gewöhnlich wird ein derartiges Ergebnis gegen die zu ihm führende Auffassung sprechen.

Die bisher hier angeführten Gründe beruhen ausschliess-

---

6. Der Pfleger des nasciturus, z. B. nach § 1912 BGB, ist, wie unten § 59 gezeigt werden wird, ein Pfleger für eine Quasiperson. Bei einer solchen ist für den Augenblick noch gar keine Person da, eine solche „gilt" nur als vorhanden.

Wäre der Nachlasskurator aber ein Personenpfleger, so wäre, jedenfalls bei einem Rechtssystem, das einen Erwerb der Erbschaft von Rechtswegen kennt, wie das A. L. R., schon von vornherein eine Person vorhanden, die der Pfleger vertritt.

Die Auffassung, der Nachlasskurator vertrete immer, nicht nur wenn ein nasciturus Erbe wird, eine Quasiperson, würde sogar das stärkste Argument für die Auffassung des Kurators als eines Personenpflegers beseitigen. Denn hierfür wird immer wieder betont, bei einem Rechtssystem mit einem Erwerb der Erbschaft von Rechtswegen sei von vornherein ein Erbe da.

lich auf den Gesetzesparagraphen des Allgemeinen Landrechts. Gründe anderer Art anzuführen, dürfte sich um deswillen nicht empfehlen, weil dann bei der Erörterung des Standes der Dinge nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche leicht Wiederholungen vorkommen würden.

Das Angeführte scheint jedoch schon vollen Beweis dafür zu erbringen, dass die Verlassenschafts-Curatel im A.L.R. eine Vermögenspflegschaft ist.

§ 23.

Es fragt sich nun, ob die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 daran etwas geändert hat. Mit Ausnahme davon, dass das Wort „Curator" durch das Wort „Pfleger" ersetzt ist, und dass man jetzt also von einem „Nachlasspfleger"[1] sprechen muss (vgl. V.O. § 89), dürfte dies zu bezweifeln sein.[2]

Vielmehr scheint der Nachlasskurator unter dem neuen Namen „Nachlasspfleger" im Gebiete des Allgemeinen Landrechts noch nach Inkrafttreten der preussischen Vormundschaftsordnung dieselbe Stellung gehabt zu haben wie früher.

Bezüglich der Fortdauer resp. der Aufhebung der früheren Gesetze bestimmt der § 102 V.O., dass diejenigen Gesetze etc. über das Vormundschaftswesen, welche in diesem Gesetze nicht ausdrücklich aufrecht gehalten sind, aufgehoben werden.

Damit also eine frühere gesetzliche Regelung fortbesteht,

---

1. „Verlassenschaft" dürfte hier, wie schon im A. L. R. vielfach, durch „Nachlass" zu ersetzen sein.

2. Die Nachlasspflegschaft fassen als Vermögenspflegschaft auf: Dernburg, Preuss. Privatr. a. a. O., Koch, a. a. O. Anders Eccius, a. a. O., Dernburg, Vormundschaftsrecht, a. a. O., Schultzenstein, a. a. O., sowie das Obertribunal, Bd. 70 S. 365. Das Obertribunal geht sogar so weit, anzunehmen, dass der Nachlasspfleger die Erbschaft annehmen und ausschlagen kann, bezw. dass die Deliberationsfrist gegen ihn läuft.

ist es notwendig, dass entweder die betreffende Materie nicht dem „Vormundschaftswesen" angehört, oder dass die Vormundschaftsordnung ausdrücklich die Fortdauer des früheren Zustandes anordnet.

Was die Nachlasspflegschaft anlangt, so trifft zunächst die erste Möglichkeit nicht zu. Die Nachlasspflegschaft ist eine Art der Pflegschaft und die Pflegschaften gehören zum „Vormundschaftswesen" im Sinne des § 102 V.O.

Es bleibt also nur die zweite Möglichkeit, nämlich, dass die Vormundschaftsordnung den früheren Zustand der Dinge ausdrücklich aufrecht erhalten hat.

Von seltenen Fällen abgesehen, drückt das Gesetz seinen Willen durch einzelne Bestimmungen aus. Zu konstruieren, d. h. das Prinzip festzustellen, welches den einzelnen Bestimmungen zu Grunde liegt, ist dagegen nicht seine Sache. Hierüber ist schon § 9 zu Anm. 16 gesprochen worden.

Die Frage, welche wir hier zu beantworten haben, ist also nicht in der Art zu stellen, ob die Vormundschaftsordnung die Konstruktion der Nachlasskuratel des Allgemeinen Landrechts als einer Vermögenspflegschaft aufrecht erhalten hat, sondern zunächst dahin, ob so viele und so geartete Bestimmungen des früheren Rechts aufrecht erhalten worden sind, dass um deswillen eine Konstruktion lediglich nach der Vormundschaftsordnung nicht möglich ist. Nachher wird dann festzustellen sein, ob die Vorschriften der Vormundschaftsordnung überhaupt in Betracht kommen.

Legt man sich die erste Frage in der angegebenen Form vor, so muss man sie bejahen. § 89 — der Paragraph der Nachlasspflegschaft in der Vormundschaftsordnung — besagt im Abs. 2, dass die in den einzelnen Landesteilen bestehenden weiteren Befugnisse dieses Pflegers durch dies Gesetz nicht berührt werden. Die dahin gehenden Bestimmungen sind offenbar besonders wichtig, und sie sind vor allem gerade solche, die sich aus dem Wesen des Pflegers herleiten lassen. Sollen diese Bestimmungen unberührt blei-

ben, so ist es nicht möglich, den Nachlasspfleger einheitlich nach der Vormundschaftsordnung zu konstruieren.

Wenn man zweitens meinen sollte, die Konstruktion sei jeweils gemeinsam aus den aufrecht erhaltenen partikulären[3] Vorschriften und denjenigen der Vormundschaftsordnung zu gewinnen, so ist demgegenüber zu bemerken, dass die einschlägigen Bestimmungen der Vormundschaftsordnung — wie Adamkiewicz[4] richtig bemerkt — auch ihrerseits wieder so farblos gefasst sind, dass sie für die Charakteristik der Nachlasskuratel auch nicht einmal nebenher in Betracht kommen werden. So ist das Wort „Erbe" im § 89 V.O. zwar im Hauptsatz genannt,[5] die Tätigkeit des Pflegers, zu welcher dieses Wort in Beziehung gesetzt ist, betrifft aber nur eine Seite der ihm zugewiesenen Aufgaben. Es soll wohl in der V.O. auf die Konstruktion der Nachlasspflegschaft nicht eingewirkt werden.

Vielleicht ist hierbei der Grund der, dass, wenn auch die Nachlasspflegschaft eine Pflegschaft ist, d. h. ins Vormundschaftsrecht gehört, sie doch in das Erbrecht hineinspielt,[6] welches ja gerade in seiner partikulären Geltung ausserordentliche und prinzipielle Verschiedenheiten aufwies. Diese Erwägung mag vielleicht nur als ein imponderabile in Betracht gekommen sein, eine gewisse Bedeutung lässt sich ihr jedoch beimessen.

Hiernach dürfte sich als Ergebnis feststellen lassen, dass die Konstruktion der Nachlasspflegschaft durch die Vor-

---

3. In Beziehung auf das preussische Recht gemeint.

4. A. a. O. S. 113.

5. Vgl. oben § 12 Anm. 8.

6. Vgl. die obigen Ausführungen — § 2 — über den Charakter der Nachlasspflegschaft im BGB.

Vgl. auch Böhm, Vormundschaftsrecht, S. 192, der allerdings ebenfalls nur für das BGB besonders hervorhebt, dass die Nachlasspflegschaft auch teilweise ins Erbrecht gehört.

mundschaftsordnung gegenüber dem Allgemeinen Landrecht nicht geändert worden ist.

Es wäre auch, wäre wirklich die Ansicht von der Einwirkung der Vormundschaftsordnung auf den Charakter der Nachlasskuratel im Gebiete des Allgemeinen Landrechts richtig, merkwürdig, warum denn dasselbe nicht für die anderen in Preussen geltenden Rechtsgebiete und so auch für das gemeine Recht gelten sollte. Galt doch die V.O. in ganz Preussen gleichmässig. Für die anderen Rechtsgebiete wird eine solche Einwirkung auf die Konstruktion der Nachlasspflegschaft aber, wenn überhaupt, doch keinesfalls in eben dem Masse vertreten, wie für das Gebiet des Allgemeinen Landrechts.

Ist nun die Nachlasspflegschaft nach der V.O. noch das, was sie nach dem Allgemeinen Landrecht war, so ist sie eine Vermögenspflegschaft geblieben.[7]

§ 24.

Code civil[1] und Codice civile del regno d'Italia.

Der art. 811 C.c., der erste in dem Titel de la succession vacante, lautet:

„Lorsqu' aprés l'expiration des délais pour faire in-

---

7. Dafür spricht auch der § 180 des preussischen Zwangsversteigerungsgesetzes vom 15. Juli 1883. Dort ist bestimmt, dass der Nachlasspfleger das Recht haben soll, die Zwangsversteigerung zu beantragen. Diese Bestimmung wäre aber, da der Erbe schon so wie so das Recht hat und der Vertreter die Rechte des Vertretenen auszuüben berechtigt ist, überflüssig, wenn der Nachlasspfleger Personenpfleger wäre. Vgl. später unter § 36 für das BGB.

1. Vgl. Laurent, a. a. O.; Fuzier-Hermann, Code civil; Zachariae v. Lingenthal, Franz. Civilrecht; Duranton, Le droit civil français Tome IV; Sirey et Gilbert, Codes annotés: Code civil, Code de procédure; Code Napoléon suivi des motifs etc. 1810.

ventaire et pour délibrer, il ne se présente . . . la succession est vacante."

Für diese succession vacante, auf deren Charakter wir noch zurückkommen werden, wird vom tribunal de première instance ein curateur ernannt. Der art. 813 bestimmt dessen Pflichten:

„Le curateur à une succession vacante en exerce et poursuit les droits, il répond aux demandes formées contre elle."

Aus diesen Bestimmungen und besonders auch aus den vielen analogen Fällen der Vermögenspflegschaft,[2] die sich im Gesetz finden, muss notwendigerweise angenommen werden, dass man es auch hier mit einer Vermögenspflegschaft zu tun hat. Dies ist auch die Ansicht von Zachariae v. Lingenthal Bd. IV, S. 208, Bd. III, S. 663, und von Adamkiewicz a. a. O. S. 159. So nennen auch die Motive zum code Napoléon, a. a. O. vol. IV, p. 165, Séance du 19. germinal an XI den curateur un „agent de la succession".

Wenn Laurent a. a. O. n.⁰ 196 und 208,[3] Duraton p. 50, Fuzier-Hermann zu art. 813 n.⁰ 4,[4] Sirey et Gilbert zu art. 813 n.⁰ 12 bemerken, dass der curateur mandataire oder représentant des créanciers und des successeurs ist, so wollen sie, wie es aus dem Zusammenhang scheint, nur erklären, wieso der curateur prozessieren könne, ohne

---

2. Zachariae, Bd. III § 593 zählt sie auf. Darunter ist für unsere Zwecke wichtig der curateur au bénéfice d'inventaire, C. de pr. art. 996. Hier handelt es sich um kollidierende Interessen des Erben und des Nachlasses.

Vgl. hierzu Sirey et Gilbert, Code de procédure, zu art. 996.

3. . . . Le curateur a été dans ce cas le mandataire légal de ceux qui sont appelés à la succession.

4. . . . . Le curateur se trouve être le représentant des créanciers d'une part et d'autre part des héritiers ou successeurs qui peuvent se révéler plus tard. Vgl. auch Cour de cassation 13. avr. 1820, zit. bei Sirey et Gilbert.

dass die Beteiligten „tierce opposition" machen könnten.[5] Lediglich zu diesem Zweck scheinen sie zu dem erwähnten, allerdings mit der Konstruktion der Vermögenspflegschaft nicht vereinbaren Aushilfsmittel zu greifen. Den curateur damit wirklich zum curator personae erklären wollen sie wohl kaum. Sonst wäre anzunehmen, dass sie sich mit den jedenfalls anscheinend entgegenstehenden Bestimmungen des code und mit der gegnerischen Literatur — z. B. mit Zachariae, der auch in Frankreich viel zitiert wird — auseinandersetzen würden.[6] Jedenfalls folgen wir aus den oben erwähnten Gründen Zachariae.

Wenn die Franzosen übrigens ausserdem stets davon sprechen, dass der curateur die „intérêts" der Beteiligten wahrzunehmen habe,[7] so steht dies durchaus in keinem Widerspruch zur Auffassung der Nachlasspflegschaft als einer Vermögenspflegschaft. Dass eine Vermögenspflegschaft auch dann vorliegen kann, wenn der Pfleger den Interessen verschiedener Beteiligten zu dienen bestimmt ist, haben wir schon oben gesehen. Ja wir sahen sogar, dass in diesem Falle die Vermögenspflegschaft die einzige mögliche Form der Pflegschaft ist, und wir werden weiter unten nachzuweisen versuchen, dass unsere Nachlasspflegschaft gerade um deswillen Vermögenspflegschaft ist, weil der Pfleger derartige verschiedene Interessen wahrzunehmen hat.

Somit stimmen die Franzosen in dieser Hinsicht völlig mit der hier vertretenen Auffassung überein.

---

5. Darüber, dass diese Erklärung nicht nötig ist, vgl. die unten § 32 zu Anm. 26 zitierte Stelle von Hellwig.

6. Uebrigens bemerkt Adamkiewicz S. 159, dass „über die Natur der Verlassenschaftskuratel als einer reinen Realkuratel nach französischem Recht kein Zweifel" sei.

7. So Fuzier-Hermann, n° 6 zu art. 813.

§ 25.

Das italienische Recht beruht zum grossen Teil auf dem code civil.

Art. 980 bestimmt:

„Quando l'erede non sia noto ..... l'eredità si reputa giacente, e si provede all' ministrazione o conservazione dei beni ereditari per mezzo di un curatore."

Hier ist ganz deutlich gesagt, dass der Pfleger für den Nachlass zu sorgen hat: „conservazione dei beni".[1]

Hierzu kommt noch, dass während der Inventar- und Annahmefrist der zur Erbfolge Berufene[2] als Kurator der Verlassenschaft angesehen wird (art. 964 Abs. 2 Satz 1). Unmöglich kann es Zweck haben, jemanden als seinen eigenen Vertreter anzusehen.

§ 26.

Es sollen nun hier auch noch einige Beispiele des modernen deutschen Rechts und in Zusammenhang damit das Schweizer Recht Erwähnung finden.

In den Ländern des sächsischen Rechts, hauptsächlich in Thüringen, hat sich bis in die neueste Zeit die Befugnis des Richters erhalten, den erblosen Nachlass in Besitz zu nehmen. Vgl. hierzu Sachsen-Altenburger Gesetz[1] vom 6. April 1841 § 142 Abs. 1; Sachsen-Weimarer Erbschaftsgesetz[2] von 1833 § 136 Abs. 1, und Sachsen-Gothaer Gesetz[3] vom 2. Januar 1844 § 118 Abs. 1.[4]

1. Vgl. Adamkiewicz, a. a. O. S. 172.

2. Hierin liegt übrigens eine wichtige Abweichung vom code civil. Vgl. Adamkiewicz, a. a. O. S. 174.

1. Sachsen-Altenburger Gesetzsammlung 1841/43 S. 63 f.

2. Sammlung Grossherzoglich Sächsischer Gesetze von Göcker 1832/34.

3. Gesetzsammlung Bd. V S. 101.

4. Wir behandeln diese Gesetze hier als germanisches Recht, trotz-

Daneben ist in diesen Gesetzen — und zwar übereinstimmend in den zweiten Absätzen der zitierten Paragraphen — bestimmt, dass der Richter in zwei Fällen einen Erbschaftsvertreter, also einen Vermögenspfleger, zu ernennen hat, nämlich einmal, wenn sich ein Erbschaftsprätendent meldet und gegründete Vermutungen bestehen, dass Besserberechtigte vorhanden sind, und ausserdem, wenn sich niemand meldet. Hand in Hand mit dieser Bestellung geht eine Ediktalzitation der Erben.[5]

Danach handelt es sich auch hier entweder um eine Vorform der Vermögenspflegschaft oder um eine solche selbst.

§ 27.

Das Schweizer Recht ist an dieser Stelle zu betrachten, weil es vorwiegend germanischen Ursprungs ist und es sich empfiehlt, die verschiedenen Schweizer Kantonalrechte zusammen zu behandeln, trotzdem sie systematisch verschiedenen Charakter haben.[1]

---

dem das Prinzip des ipso jure Erwerbs der Erbschaft verlassen ist. Vgl. Sachsen-Altenburger Gesetz § 123, Sachsen-Weimarer Gesetz § 115. Sachsen-Gothaer Gesetz § 95.

Dies geschieht, weil der Grundcharakter des thüringischen Rechts trotz dieser weitgehenden Beeinflussung durch das römische Recht germanisch geblieben ist.

5. Nach dem Gesetz von Schwarzburg-Sondershausen vom 22. Oktober 1835 findet eine Siegelung des Nachlasses (§ 3) unter Umständen statt, aus welchen man ersehen kann, es handle sich um eine Vermögensfürsorge. Ganz besonders geht dies aus No. 1, 2 und 4 des § 3 hervor. Das Gesetz ist abgedruckt in der „Sammlung der noch jetzt geltenden in dem Fürstentum Schwarzburg-Sondershausen vor dem Jahre 1837 publizierten Gesetze und Vorordnungen privatrechtlichen und civilprozessualischen Inhalts“ S. 82 ff.

1. So sind die Gesetze der französischen Kantone vielfach Nachahmungen des code civil français, und so schliesst sich der codice

Nur bezüglich des code civil français, der in Genf und im Berner Jura gilt, muss auf die Darstellung des französischen Rechts verwiesen werden.

Zunächst bestimmt, sich eng anschliessend an den italienischen Codice civile, der Codice civile della Republica e Cantone del Ticino im art. 562:

„Quando l'erede non sia noto, o gli erede testamentari o legittimi abbiano rinunziato, l'eredità si reputa giacente, e si provede all' ministrazione o conservazione dei boni ereditari per mezzo di un curatore".

Dieser Kurator ist — wie wir schon oben bezüglich des italienischen Rechts gesehen haben — ein Vermögenspfleger. Dafür sprechen auch die beiden anderen Artikel derselben Sezione dell' eredità giacente, nämlich 563, 564, welche die Pflichten des Kurators näher regeln.

Als eine Gruppe sind dann die Rechte von Zürich, Schaffhausen, Zug und Graubünden zusammenzufassen.[2] In Zürich gilt die Bestimmung (P. G. § 927), dass, wenn die Siegelung des Nachlasses angeordnet ist und das Bedürfnis es erheischt, ein Güterverwalter für die Verlassenschaft zu ernennen ist. Die Stellung dieses Güterverwalters ist die, dass er vorzüglich darauf zu sehen hat, dass „der Bestand der Verlassenschaft ungeschmälert erhalten bleibe und auch die Rechte sowohl der Gläubiger als auch der Erben gewahrt

---

civile von Tessin eng an das italienische Gesetzbuch an. Auch hat das römische Recht vielfach grossen Einfluss gewonnen, sodass sogar oft das System des ipso jure Erwerbes der Erbschaft verlassen ist. Vgl. hierüber Huber Bd. II S. 347 ff. Doch scheint Huber hierin etwas weit zu gehen. Wenn er nämlich S. 376/7 behauptet, der code civil français folge trotz der gelegentlichen Hervorhebung des Erwerbes von Rechtswegen in der praktischen Gestaltung dem gemeinen Recht, so dürfte dies nicht zutreffend sein. Vgl. art. 724. Zachariae, a. a. O. Bd. IV S. 71, 80.

2. Vgl. hierzu Huber, a. a. O. S. 400 f.

werden." Dieselben Bestimmungen finden sich in Schaffhausen P. G. §§ 1864, 1865; Zug P. G. § 288, 289 und Graubünden P. G. § 480.

Man hat es hier unzweifelhaft mit einem Vermögenspfleger zu tun. Ja, dessen Stellung ist so treffend wie nur irgend möglich fixiert.

In Luzern wird nach dem C. G. § 377, wenn nicht sofort zur Teilung einer Erbschaft geschritten werden kann, vom Gemeinderat für die Besorgung der Verlassenschaft bis Austrags der Sache ein Verwalter (Kurator) bestellt. Auch dieser Verwalter ist ein Vermögenspfleger.

Eine ähnliche Bestimmung enthält das Bürgerliche Gesetzbuch von Aargau.[3]

Um nun noch Beispiele von scheinbar abweichenden Kantonalrechten zu geben, sei auf die von Bern, Freiburg und Neuenburg eingegangen.[4]

Nach dem C. G. von Bern, Satz 503, nach dem art. 899 des C. c. von Freiburg und nach dem art. 767 des C. c. von Neuenburg wird ein Vertreter, der Beistand oder curateur heisst, für den abwesenden Erben ernannt. Hier wäre also der Nachlasskurator ein Personenpfleger. Dies ist aber nur scheinbar. Der Vertreter ist nämlich hier gar nicht ein eigentlicher Nachlasskurator, sondern nimmt etwa dieselbe Stellung ein wie der Pfleger im § 88 des deutschen Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit.[5] Dies geht aus den betreffenden Gesetzen hervor. Der Vertreter hat lediglich die Interessen des Erben am Nachlass zu vertreten. Am deutlichsten

---

3. Für Luzern u. Aargau vgl. Bürgerliches Gesetzbuch des Kontons Luzern § 377 und Huber, a. a. O. S. 399/402.

4. Vgl. Huber a. a. O. S. 398—400. Die Rechte von Thurgau und St. Gallen würden ausserdem hierher gehören. Allerdings würde es sich wohl dort nur um eine Vorform der Personenpflegschaft handeln können. Vgl. darüber § 122 des Thurgauer Erbgesetzes d. d. 17. 6. 1839, 11. 2. 1867 und 3. 3. 1885 sowie Huber, a. a. O.

5. Vgl. hierüber unten § 34 zu Anm. 18.

zeigt sich dies im Code civil von Freiburg. Nach diesem Gesetzbuch kann nämlich nicht nur der Erbe, sondern auch ein anderer „intéressé“ einen solchen Kurator erhalten — also z. B. ein Vermächtnisnehmer. Ist dies aber der Fall, so hat man es eben nicht mit einem Nachlasskurator zu tun.

Zusammenfassend lässt sich bemerken, dass der eigentliche Nachlasskurator auch nach Schweizer Recht Vermögenspfleger ist.

§ 28.

Das englische Recht[1] kennt einen Nachlasspfleger als solchen nicht. Seine Funktionen werden durch den executor oder den administrator wahrgenommen. Wenn wir feststellen können, dass dieser ein Vermögensverwalter ist, so ist damit für unsere Zwecke genügend gewonnen. Denn wir haben alsdann ermittelt, dass bei demjenigen Institut, welches der Nachlasspflegschaft entspricht und welches sogar anders als im älteren deutschen Recht ebenfalls in einer Verwaltung durch einen besonders dafür eingesetzten Verwalter besteht, die Fürsorge für das Vermögen der massgebende Gesichtspunkt ist.

Das frühere englische Erbrecht unterschied scharf zwischen Immobilien und Mobilien. War der Erbfall eingetreten, so gingen die ersteren ipso jure auf den Erben über. In die Mobilien dagegen succedierte zunächst der Staat, dieser setzte zu ihrer Verwaltung und Aushändigung an die Berechtigten einen administrator ein, dem dann bis zur Aushändigung das Eigentum an den Mobilien zufiel. Administrator wurden regelmässig dem Erblasser nahestehende Personen, in Ermangelung solcher konnte es ein Erb-

1. Vgl. zum folgenden Heymann, Ueberblick über das englische Privatrecht in v. Holtzendorffs Enzyklopädie S. 836, 837, 844 ff.

schaftsgläubiger werden. Eine Ausnahme hiervon wurde gemacht, wenn der Erblasser einen executor — eigentlich einen Testamentsvollstrecker, dessen Stellung aber eine viel weitergehende war — ernannt hatte. Dann trat dieser an die Stelle des administrator und succedierte vom Erbfall an in die Mobilien des Nachlasses.

Seit der Land Transfer Act von 1897 ist insofern eine Veränderung vor sich gegangen, als der schroffe Unterschied zwischen Immobilien und Mobilien gemildert ist, indem auch die ersteren durch die Hände des executor oder administrator gehen. Doch sind dieselben bezüglich der Immobilien nicht Universalsuccessoren, sondern — da der ipso jure Erwerb der Erben fortbesteht — nur als trustees Verwalter fremden Rechts.

Der executor und administrator erfüllen die Funktionen des Nachlasspflegers, da sie immer nach eingetretenem Erbfall die Verwaltung und Verwahrung des Nachlasses übernehmen, dies also auch dann tun, wenn durch Unbekanntsein der Erben oder aus ähnlichen Gründen ein besonderes Bedürfnis dafür besteht.

Die hier vorliegende Regelung ist eine Fürsorge für den Nachlass und nicht für die Erben. Die Stellung des executor und des administrator muss eine einheitliche in allen Fällen ihrer Bestellung sein. Diese findet aber nicht nur statt, wenn Gründe in der Person des Erben sie erfordern, sondern eben immer, und es wird gerade die Regel sein, dass die Tätigkeit des executor und des administrator dem Erben höchst unbequem ist. Executor und administrator sind daher neutrale Verwalter, vielleicht die vollendetsten Typen von solchen, wie es bei der jahrhundertelangen kontinuierlichen Entwicklung leicht verständlich ist. Nur so erklärt es sich auch, dass unter Umständen zum administrator ein Nachlassgläubiger ernannt wird. Offenbar wäre dies nicht möglich — in Anbetracht dessen, dass Nachlassgläubiger

und Erbe widerstreitende Interessen haben —, wenn der administrator Vertreter des Erben wäre.

Eine ähnliche Stellung wie der englische administrator hat[2] in Norwegen der Bestyrer of Boet für den Nachlass und in Schweden der Pfleger zur vard des Nachlasses. Wenn auch beide wieder nicht genau dasselbe sind wie unser Nachlasspfleger, so haben sie doch in dem betreffenden Rechtssysteme seine Funktionen. Und so ist die Tatsache, dass beide Vermögensverwalter sind, für uns prinzipiell von Nutzen.

§ 29.

In Ungarn[1] galt seit 1861 wieder das alte national-ungarische Privatrecht an Stelle des österreichischen Rechts. Jetzt ist für die Nachlassbehandlung die neue ungarische Civilprozessordnung von 1868 massgebend.

Nach dieser gibt es eigentlich zwei Arten von Nachlasskuratelen. Zunächst gibt es eine provisorische, welche durch die mit der Todesfallsaufnahme betrauten Beamten d. h. in Gemeinden durch die Ortsobrigkeit resp. den Waisenvater, in den königlich freien Städten, welche einen geregelten Magistrat besitzen, durch die dazu bestellten Beamten dann angeordnet[2] wird, wenn niemand vorhanden ist, in dessen Aufbewahrung und Aufsicht die in der Wohnung des Erblassers sich vorfindenden Sachen ungehindert belassen werden können. Daneben gibt es dann noch die eigentliche Verlassenschaftskuratel (Sequestration), welche vom Gericht angeordnet wird.

---

2. Vgl. Böhm, Handb. d. intern. Nachlassb. Erg. Bd. S. 125, 120.

1. Vgl. zum folgenden Adamkiewicz, a. a. O. S. 148 ff., vor allem aber Putz, Ungarisches Privatrecht, S. 359 ff.

2. Hierin liegt ein Anklang ans österreichische Recht.

Der Charakter beider Arten ist der gleiche und zwar der einer Vermögenspflegschaft.[3]

Dies folgt unter anderem schon daraus, dass der Nachlasskurator nach ungarischem Recht insbesondere ernannt werden soll, wenn der Erblasser minderjährige, geisteskranke oder unter Kuratel gehörende Erben hinterlassen hat. Soll der Nachlasskurator danach also auch den Interessen der Erben dienen, so kann er doch nicht als ihr Vertreter konstruiert werden. Denn gerade in den angeführten Fällen bestände kein Grund, den Erben einen gesetzlichen Vertreter zu beschaffen, da sie in diesen regelmässig schon einen haben. Die Nachlasskuratel muss also ein anderes Mittel als die gesetzliche Vertretung sein, um die Interessen der in den erwähnten Fällen doppelt hilfsbedürftigen Erben wahrzunehmen.

§ 30.

Wenn wir zum Schluss noch kurz auf die slavischen Rechte eingehen, so ist zunächst das russische Recht[1] zu untersuchen, das wegen der grossen Anzahl der unter seiner Herrschaft Lebenden und wegen der ungeheuren räumlichen Ausdehnung des russischen Reiches von ganz besonderer Bedeutung ist.

Sind keine Erben ortsanwesend, so kommt es eventuell zum Erbenaufruf. Melden sich innerhalb eines halben Jahres keine Erben, so gelangt der Nachlass in die Hände der Vormundschaftsbehörde. Es wird alsdann eine Nachlasspfleg-

---

3. Daneben gibt es dann auch einen Personenpfleger für den unbekannt abwesenden Erben im Falle der Auseinandersetzung wie im F. G. G. § 88.

1. Vgl. Leuthold, Russische Rechtskunde, 1889, S. 81. Daneben auch noch v. Veh, Ueberblick über das russische Privatrecht in v. Holtzendorffs Enzyklopädie, S. 869 ff.

schaft eingesetzt, und das Gericht macht Meldung an die Kassenpalate.[2]

Der Nachlass wird in dieser Weise während 10 Jahren aufbewahrt. Meldet sich auch bis zum Ablauf dieser Zeit niemand als Erbe, dann gilt der Nachlass als erblos und fällt an den Fiskus.

Die geschilderte Regelung deutet darauf hin, dass auch hier die Nachlasspflegschaft eine Vermögenspflegschaft ist.[3] Ganz ähnlich wie im deutschen Recht die obrigkeitliche Verwahrung ist hier die Nachlasspflegschaft nur die Vorbereitung des definitiven Anfalls des Nachlasses an den Fiskus. Dass dies schon von vornherein ist, dafür spricht die Anzeige, die gleich anfangs an die Kassenpalate erstattet wird.

Von den Balkanstaaten seien Bulgarien und Montenegro behandelt. In Bulgarien ist massgebend das Erbschaftsgesetz vom 17. Dezember 1899.

Nach Art. 234 desselben hat der Friedensrichter auf Ersuchen der Interessenten oder des Staatsanwalts (öffentliches Interesse!)[4] einen Pfleger zu bestellen. Als dessen Aufgabe wird angegeben, „dass er verwahre und verwalte das Erbschaftsvermögen". Nach diesem Wortlaut hat man es auch hier — besonders auch mit Rücksicht auf die Art der Bestellung — mit einem Vermögenspfleger zu tun.[5]

Das montenegrinische Gesetzbuch[6] vom 23. März 1889 bestimmt in Art. 671:

> „Das Gericht hat, wenn es für notwendig findet, zur Verwaltung jenes Vermögens einen Vormund zu be-

---

2. Unter Umständen kann es schon gleich zur Versteigerung des Nachlasses kommen. Der Erlös wird dann zinsbar angelegt.

3. v. Veh, a. a. O. scheint dies zu leugnen.

4. Wie auch in Frankreich nach dem Code civil.

5. Ich verdanke die Uebersetzung der einschlägigen Bestimmungen des bulgarischen Gesetzes Herrn Privatdozent Dr. Neubecker zu Berlin.

6. Deutsche Uebersetzung von Shek.

stellen, welches nach dem Tode einer Person hinterlassen wird, wenn es unbekannt ist, wem es zufallen wird, oder wenn die Erben abwesend sind. Diese Verfügung erfolgt entweder von Amtswegen oder auf Ansuchen eines Beteiligten."

Auch hier ist dem Vormund als Wirkungskreis wieder nur die Verwaltung des Vermögens zugeschrieben und kein Wort davon erwähnt, dass er etwa mit dem Erben zu tun habe.

§ 31.

Fasst man das Gesagte zusammen, so erscheint der Nachweis, dass alle anderen Rechtssysteme die Nachlasspflegschaft oder das ihr entsprechende Institut als Vermögenspflegschaft resp. Vermögensfürsorge aufgefasst haben oder noch auffassen, als in vollem Umfange gelungen. Zweifelhaft kann es, eigentlich nur hinsichtlich des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Preussischen Vormundschaftsordnng sein. Beide gehören übrigens, was in Anbetracht des auf S. 22 ff. Ausgeführten höchst bedeutsam erscheint, der Zeit des Vorherrschens der liberalen Nationalökonomie an. Diese — sogar in einem derartigen Umfange wunderbare — Einhelligkeit ist ohne Zweifel ein ausserordentlich schwerwiegendes Beweismittel dafür, dass die Nachlasspflegschaft auch im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Vermögenspflegschaft ist.

Da, soweit wir übersehen können, sämtliche in Deutschland vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Geltung gewesenen Rechte auf dem erwähnten Standpunkt standen und zwar auch diejenigen, welche ebenfalls den ipso jure Erwerb der Erbschaft, also mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch die höchstmögliche Verwandtschaft hatten,[1] so lässt sich das Ergebnis

---

1. Dass die Tatsache des ipso jure Erwerbs der Erbschaft bei der Gestaltung der Nachlasspflegschaft im BGB eine Rolle gespielt hat,

der zweiten Erwägung — vgl. oben § 11 — kurz folgendermassen zusammenfassen. Auf Grund der Kontinuität der Entwicklung ist zu erwarten, dass das Bürgerliche Gesetzbuch die Nachlasspflegschaft als Vermögenspflegschaft konstruiert.

II. Kapitel.

Dogmatischer Beweis.

A. Widerlegung der wichtigsten Gegengründe.

§ 32.

Der dogmatische Beweis, dass die Nachlasspflegschaft eine Vermögenspflegschaft ist, wird in der Weise geführt werden, dass, ehe auf die Erörterung der dafür sprechenden Gründe eingegangen wird, eine Widerlegung der wichtigsten Gegengründe versucht werden soll. Es sind dies die Gründe, die, wenn sie durchschlagend wären, jede weitere Untersuchung ausschliessen würden.

Man hat gegen die Auffassung der Nachlasspflegschaft im Bürgerlichen Gesetzbuch als einer Vermögenspflegschaft vor allem eingewandt,[1] das Bürgerliche Gesetzbuch lege das System zu Grunde: der Tote erbt den Lebendigen, und infolgedessen sei die Nachlasspflegschaft als Vermögenspflegschaft nicht möglich.

Dieser Einwand erscheint jedoch nicht als stichhaltig.

Zunächst lässt sich rein logisch die Möglichkeit der Nachlasspflegschaft als einer Vermögenspflegschaft auf die

---

geht aus den Motiven Bd. IV S. 545, 546 hervor. Wir kommen hierauf noch zurück.

1. So Motive, Bd. V S. 546; Planck, a. a. O. Vorbemerkung III 5a vor § 1942; Strohal, a. a O. S. 320; Kiehl a a. O. S. 333.

gleiche Weise erklären, wie überhaupt jede Vermögenspflegschaft. Der Staat kann, wie oben schon besprochen, aus verschiedenen Gründen das Vermögen der Machtsphäre des an ihm Berechtigten entziehen.

Als das schwerwiegendste Argument gegen den gemachten Einwand lässt sich aber die Tatsache anführen, dass eine lange Reihe von Rechten, wie im historischen und rechtsvergleichenden Teil dargestellt wurde, trotzdem sie ebenfalls den Erwerb der Erbschaft von Rechtswegen geschehen lassen, die Nachlasspflegschaft oder das sie ersetzende Institut doch als Vermögenspflegschaft resp. als eine Vermögensfürsorge konstruieren.

Hierher gehören das ganze ältere deutsche Recht, das preussische Recht, der code civil français,[2] der codice civile del regno d'Italia,[3] fast alle Schweizer Kantonalrechte,[4] das englische Recht, soweit es sich um Immobilien handelt,[5] und endlich das russische Recht, wenigstens dasjenige, das im grössten Teile Russlands gilt.[6]

Diese Tatsache scheint bisher noch nirgends hervorgehoben worden zu sein, und doch kann ein Zweifel bezüglich der Konstruktion der Nachlasspflegschaft oder des ihr entsprechenden Instituts bei den angegebenen Rechten doch wohl nur — worauf in dem vorigen Kapitel hingewiesen wurde — hinsichtlich des preussischen Rechts bestehen.

Man hat ferner eingewandt, das Bürgerliche Gesetzbuch kenne nur eine Personenpflegschaft.[7]

---

2. Art. 724.

3. Art. 923.

4. Bei deren Darstellung ist darauf hingewiesen, dass das römischrechtliche System teilweise eingedrungen ist.

5. Es ist oben erwähnt worden, das dann ein Erwerb der Erbschaft von Rechtswegen eintritt.

6. Böhm, Handbuch d. internat. Nachlassbeh. Ergänzungsb. S. 70.

7. Vgl. Planck, a. a. O. Vorbem. vor § 1909; Binder, a. a. O. Bd. I S. 191; Hellwig, C. P. S. 299 weist auf diesen Einwand hin.

Diejenigen, die das sagen, können sich anscheinend auf die Motive berufen — Bd. IV S. 1252. Wie es sich damit verhält, wird sich später zeigen.

Wenn im Folgenden untersucht werden soll, ob dieser Einwand gerechtfertigt erscheint, so ist der Zweck dieser Erörterung, wie noch einmal betont werden mag, nicht, nach Analogieen für die Nachlasspflegschaft zu suchen, sondern die Möglichkeit einer Vermögenspflegschaft im geltenden Recht nachzuweisen.

Dass es überhaupt solche gibt, zeigt ganz allgemein der § 266 Abs. 1 No. 1 St. G. B., welcher von „Güterpflegern" spricht.

Im einzelnen kennt zunächst das Bürgerliche Gesetzbuch schon einen Fall der Vermögenspflegschaft, nämlich die Pflegschaft über ein Sammelvermögen. Auf diese Tatsache weisen sowohl Hellwig gegenüber dem obigen Einwand als auch Hagen[8] hin.

Da diese Auffassung der Pflegschaft über das Sammelvermögen als die herrschende[9] bezeichnet werden kann und selbst von solchen geteilt wird, welche sonst nicht anerkennen,[10] dass es im BGB. eine Vermögenspflegschaft gibt, so genügt es zur Begründung, kurz darauf hinzuweisen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch den Pfleger „zum Zwecke der Verwaltung und Verwendung des Vermögens" bestellt wer-

8. A. a. O. S. 299 resp. S. 78.

9. So Planck, Kommentar z. BGB § 1914 No. 3 S. 659. Er hält dies für eine Ausnahme; Gaupp-Stein, Komm. z. C. P. O. Vorbem. vor § 50 (S. 150) No. 1c (geht indirekt daraus hervor, dass er dem Verwalter eine Parteistellung kraft Amtes gibt). Windscheid-Kipp, Bd. III S. 175; Klemann, Pflegschaft über ein Sammelvermögen, Erlanger Diss. S. 22; Schultzenstein-Köhne, Deutsches Vormundschaftsrecht, S. 307 No. 4 zu § 1914; Böhm, Vormundschaftsr. S. 190 V; Fuchs, Deutsches Vormundschaftsrecht, S. 267 § 64; Schultetus, Vormundschaftsrecht S. 226. Eine ganz andere Auffassung hat Schultze „Treuhänder im bürg. R." Sonderabdruck aus Iherings Jahrbuch Bd. 43 S. 45 vertreten.

10. Vgl. Hellwig C. P. S. 306 Anm. 24.

den lässt, der Wortlaut des Gesetzes also für eine Vermögenspflegschaft spricht und dass kein Grund vorhanden sein dürfte, etwas anderes trotz dieser Vorschrift anzunehmen.

Ein solcher Grund liegt insbesondere nicht in der Tatsache, dass auch der § 1909 BGB von einem „Pfleger zur Verwaltung des Vermögens" spricht, trotzdem es sich dort unzweifelhaft um einen Personenpfleger handelt. Denn der springende Punkt ist der, dass im § 1909 in demselben Satz deutlich derjenige genannt ist, der als Pflegling in Frage kommt, während dies im § 1914 nicht der Fall ist.[11]

Dagegen spricht auch ferner nicht die Erwägung, dass der Pfleger die Stellung des fortgefallenen Komitees habe, dass dasselbe eine Art Vorstand für den aus den Spendern gebildeten Personenverband sei[12] und dass mithin der Pfleger auch Vertreter der Spender sein müsse; denn obgleich der Pfleger alle Rechte und Pflichten des Komitees hat, hat er dennoch nicht die rechtliche Stellung desselben.[13]

Dies ist um deswillen anzunehmen, weil, wenn für einen fortgefallenen Vorstand etc. durch das Gericht für eine Ersatzperson mit gleicher Stellung gesorgt werden soll, im geltenden Recht diese Ersatzperson sich auch äusserlich durch Namen etc. als diese Stellung innehabend darstellt. So ernennt das Gericht, soweit die erforderlichen Mitglieder des Vorstands eines Vereins fehlen, nach § 29 BGB „Vorstandsmitglieder".[14] Hier dagegen wird, wenn ein „Komitee" weggefallen ist, ein „Pfleger" bestellt. Danach ist nicht vorauszusetzen, dass beim Wegfall des Komitees, das die Spender vertrat, der Pfleger dieselbe Stellung erhält.

11. Vgl. Planck, a. a. O. zu § 1914 No. 3.

12. Vgl. Hellwig, CP S. 305; Gierke, D. Privatr. S. 672.

13. Nötig ist dies nicht, sonst gäbe es keine Vermögenspflegschaft bei nicht herrenlosem Vermögen.

14. Etwas Aehnliches findet sich im § 295 Abs. 2 H. G. B. und in den handelsrechtlichen Nebengesetzen.

Wenn Hagen im Bürgerlichen Gesetzbuch ausserdem noch den § 1913 als Fall der Vermögenspflegschaft anführt, so kann ihm darin allerdings nicht beigepflichtet werden. Hier handelt es sich vielmehr[15] lediglich um eine Personenpflegschaft. Hagen hat darauf hingewiesen, dass in diesem Paragraphen „eine Anknüpfung an eine bestimmte berechtigte Person" nicht zu entdecken ist. Nun ist die Persönlichkeit des Erben allerdings — wenigstens wenn es sich um einen durch ein künftiges Ereignis zu bestimmenden Nacherben handelt — nur nach den allgemeinen Individualisierungsmerkmalen „bestimmt". Das muss aber auch genügen. Denn wenn der Staat für eine der ihm angehörenden Einzelpersonen sorgen will, kann es ihm ganz gleichgültig sein, wer diese sein wird. Sind die Individualisierungsmerkmale feststehend, so hat er genügend Anhaltspunkte, dass überhaupt jemand in Frage kommen wird. Juristisch konstruiert wird die Personenpflegschaft in der Weise werden müssen, dass der Pfleger zunächst für eine den Individualisierungsmerkmalen genügende Person in abstracto handelt und dass nachher rückwärts die Konkretisierung erfolgt.[16]

Der § 1914 ist aber jedenfalls eine Vermögenspflegschaft im Bürgerlichen Gesetzbuch. Jetzt wird auch die betreffende Stelle der Motive klar werden. Denn der § 1914 ist ja erst in der II. Kommission in das Gesetz hineingekommen.[17]

Ausserhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs kennt das moderne deutsche Recht noch die Güterpflege nach § 334 St.P.O. als Vermögenspflegschaft. Bezüglich ihrer stehen sich verschiedene Ansichten in der Literatur gegenüber:

15. Vgl. Planck, a. a. O. zu § 1913 No. 4.

16. Auch für die Nachlasspflegschaft wird hier nicht geleugnet, dass das logisch möglich ist.

17. Vgl. völlig übereinstimmend Böhm, a. a. O. S. 190.

Silberschmidt[18] hat sich für eine Personenpflegschaft erklärt, Hellwig[19] dagegen für die Vermögenspflegschaft.

Der springende Punkt ist hier, ob man diese Güterpflege für eine Abwesenheitspflegschaft[20] erklären will. Silberschmidt hat das getan, Hellwig leugnet die Möglichkeit auf das entschiedenste. Silberschmidt hat für seine[21] Ansicht das Reichsgericht,[22] Bd. XI S. 188 ff. Dasselbe führt S. 189 aus, dass die Bestimmung des § 334 St.P.O., wonach dasselbe Gericht zur Einleitung einer Güterpflege wie zur Anordnung einer Vormundschaft über Abwesende zuständig sei, zu erkennen gebe, dass das Gesetz den Angeschuldigten einem gewöhnlichen Abwesenden gleich geachtet wissen will. Hellwig weist zur Begründung seiner Ansicht darauf hin, dass „der Angeschuldigte das Verwaltungsrecht verliert, während der abwesende Grossjährige in seiner Dispositionsbefugnis keinerlei Einschränkung erleidet". Dem kann man nur beipflichten. Auch wir erblicken hier eine grundsätzliche Verschiedenheit.

Wenn Hellwig aber weiter sagt, „dass der Zweck nicht dahin gehe, für den flüchtigen Verbrecher zu sorgen", so sind wir zwar dem Wortlaut nach, folgerichtig unserm Standpunkt,[23] seiner Meinung, glauben aber, dass doch das Interesse des Verbrechers gewahrt werden solle. Es dürfte hier einer von den seltenen Fällen vorliegen, wo eine Ver-

---

18. Archiv f. bürg. R. Bd. 15 S. 114 ff.: Die Güterpflege auf Grund der Vermögensbeschlagnahme nach dem geltenden und künftigen Reichsrecht.

19. Anspruch und Klagr. S. 231.

20. Im Sinne des § 1911 BGB.

21. Für eine Personenpflegschaft ist auch Planck, Bd. IV, S. 647, Vorbem. 3 vor § 1909.

22. Anders hat das oberste bayrische Landesgericht am 4. 12. 1890 entschieden. Bd. XIII d. Entsch. S. 226.

23. Hier ist die Personenpflegschaft dahin definiert worden, dass für eine Person gesorgt werden solle.

mögenspflegschaft im Interesse eines Einzigen besteht. Die aussergewöhnlichen Umstände rechtfertigen es.

Die Stellung dieser Vermögensbeschlagnahme im Strafprozess ergibt, dass der Zweck ist, den flüchtigen Verbrecher dazu zu nötigen, sich zu stellen.[24] Hierzu wird das Vermögen seiner Verfügung entzogen. Damit ist der strafprozessuale Zweck erfüllt. Nun will aber der Staat das Vermögen keinen Schaden nehmen lassen, um dem sich stellenden Verbrecher es jederzeit wieder ausantworten zu können. Es erscheint einleuchtend, dass der Staat den Verbrecher nicht mehr schädigen will, als es die Notwendigkeit erfordert. Die Pflegschaft, die er im Interesse des Täters einrichtet, ist — wie sich aus der obigen theoretischen Erwägung ergibt — aber trotzdem eine Vermögenspflegschaft.

Dem steht auch die Erwägung des Reichsgerichts nicht entgegen. Denn die erwähnte Bestimmung des Gesetzes regelt wohl lediglich die Zuständigkeit und bestimmt, dass dem betreffenden Gericht Mitteilung zu machen ist.

So ist denn das Vermögen, das allein in den Händen des Staates ist, Gegenstand der Fürsorge des Pflegers, was übrigens auch nach der ganzen Sachlage als das Nächstliegende erscheint.

Damit ist also noch eine Vermögenspflegschaft im geltenden Recht ausserhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs nachgewiesen.

Es wäre zu wünschen, dass die Praxis Mittel fände, um diese Fälle noch zu vermehren. Es kommt im Leben sehr häufig vor, dass die Vermögenspflegschaft, entsprechend dem oben Ausgeführten, ein notwendiges Erfordernis ist. Infolgedessen werden die wenigen Fälle des geltenden Rechts nicht genügen. Ueberhaupt dürfte die Kasuistik in den Pfleg-

24. Löwe, Kommentar zur St. P. O. § 332 No. 1; v. Kries, Strafprozess, S. 330; Beling, Strafprozess, S. 484; Ullmann, Strafprozess, S. 312.

schaftsbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Gegensatz z. B. zur preussischen Vormundschaftsordnung § 90 wenig zweckmässig sein.

Hier muss und kann man sich mit dem Vorhandenen begnügen.

Man hat endlich gegen die hier vertretene Ansicht eingewandt, die Tatsache, dass die Handlungen des Pflegers für und gegen den Erben gelten, lasse sich nur erklären, wenn eine Personenpflegschaft vorliege. Dies ist aber nicht der Fall.[25] Vielmehr muss man sich Hellwig vollkommen darin anschliessen, dass die Möglichkeit besteht, die erwähnte Tatsache daraus herzuleiten, dass der Nachlass in die Hände des Erben gelangt, „wie er unter den berechtigten Handlungen des Pflegers geworden ist".[26]

B. Die für die vertretene Ansicht sprechenden Gründe.

§. 33.

An der Spitze einer Erörterung der geradezu für die vertretene Ansicht sprechenden Gründe ist die Frage zu erwägen, ob aus ähnlichen Rechtsinstituten Analogieen herangezogen werden können, ob die Untersuchung von vornherein, wie Hellwig dies tut, in einem weiteren Rahmen geführt werden kann. Zunächst ist zu bemerken, dass Hellwig von einer ganz andern Seite an die Dinge herantritt. Für uns ist folgendes zu sagen.

Derartige Analogieen setzen voraus, dass die betreffenden beiden Rechtsinstitute etwas Gemeinsames (tertium comparationis) enthalten. In dem vorliegenden Stadium der Beweisführung d. h. beim Eintritt in dieselbe müsste man derartiges Gemeinsames finden können, ohne das Institut der

25. Vgl. R. G. Bd. 29, S. 29 ff., wo genau dasselbe ausgeführt ist.
26. Vgl. CP S. 311.

Nachlasspflegschaft zu entwickeln, denn die Analogie soll ja erst dieser Entwicklung dienen.[1] Wenn man in dieser Hinsicht die in Frage kommenden Rechtsinstitute überblickt, so kommt zunächst die Nachlassverwaltung in Frage; denn diese bezeichnet das Gesetz ausdrücklich als „Nachlasspflegschaft" (§ 1975). Diese Bezeichnung deutet die Wesensgleichheit[2] an. Ausserdem muss man bedenken, dass der Name „Nachlassverwaltung" erst spät in das Gesetz gekommen ist; denn früher stand an dieser Stelle schlechtweg „Nachlasspflegschaft".[3] [4]

Nur eine besondere Art der Nachlasspflegschaft ist auch ferner, wie Hellwig[5] u. E. mit Recht hervorhebt, die Verwaltung aus § 2129.

Diese beiden Rechtsinstitute sind aber auch die beiden einzigen, die wir von vornherein als wesensgleich mit der gewöhnlichen Nachlasspflegschaft bezeichnen können. Bei diesen wird es aber auch möglich sein, was scharf festzuhalten ist, ohne weiteres Analogieschlüsse zu ziehen.[6]

Jedoch noch in einer andern Beziehung kann man auch

---

1. Man muss sich vor dem Vorwurf einer petitio principii hüten. Vgl. dazu Binder, a. a. O. Bd. II, S. 106.

2. Für die Wesensgleichheit Hellwig, CP S. 299, Anm. 24; Borcherdt, a. a. O. Bd. III, S. 631, 639; Planck, Bd. V S. 87, Vorbem. vor § 1975, No. 4 b; Sarwey und Rossert, KO. zu § 224. Dagegen Strohal, Erbrecht, S. 476, 320. Er fasst die Stellung des Nachlasspflegers und Nachlassverwalters völlig verschieden auf. Desgleichen Gaupp-Stein, Bd. I, S. 130, Vorbem. I, c vor § 50; Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatr. Bd. IV, S. 651, Anm. 10; Staudinger-Herzfelder, S. 146 zu § 1975, No. IV. Die Verschiedenheit betont auch Cosack, Bd. II, S. 724.

3. So noch im Entwurf II, § 1850.

4. Vgl. auch § 217 KO.: „Nachlassverwalter und ein anderer Nachlasspfleger".

5. CP S. 301.

6. D. h. natürlich nur von dem Wesen des einen auf das Wesen des andern. Jede einzelne Bestimmung des einen Instituts ist nicht auch auf das andere auszudehnen.

von vornherein schon weitergehen, wobei es sich nicht eigentlich um einen Analogieschluss handelt.

Die Anordnung der Nachlasspflegschaft ist nämlich nur eine von den Massnahmen, die aus der „Fürsorge des Nachlassgerichts" entspringen. Ausserdem kann dasselbe noch andere zur „Sicherung des Nachlasses" geeignete Mittel ergreifen. Die Tätigkeit des Nachlassgerichts in allen diesen Richtungen ist an dieselben Voraussetzungen[7] gebunden.

Aus diesen Gründen scheint der Charakter der Tätigkeit des Nachlassgerichts, mag diese sich in der einen oder der andern Massnahme äussern, eine einheitliche zu sein. Alle Unterschiede, die zwischen den einzelnen Massnahmen bestehen, dürften so zu erklären sein, dass die Siegelung des Nachlasses eben nicht genau dasselbe ist, wie die Hinterlegung von Geld und die Anordnung einer Pflegschaft,[8] der grosse Gesichtspunkt ist jedoch der gleiche.

Man kann nun die Tatsache, dass das Gesetz die einzelnen Massnahmen verschieden gestaltet und gestalten muss, benutzen, um, wenn sich aus einer dieser ausgestaltenden Bestimmungen etwas für den Grundgedanken ergibt, dieses Ergebnis sofort auf alle anderen Massnahmen auszudehnen.

§ 34.

Es ist oben im § 7 davon gesprochen, dass, wenn der Pfleger den Interessen mehrerer Beteiligten und ausserdem noch einem besonderen öffentlichen Interesse dienen soll, diese Pflegschaft eine Vermögenspflegschaft sein muss. (Kombination der Fälle 2. und 3.) Dass dies bezüglich der Nach-

7. Entwurf I hatte dies nicht. Dies änderte die Kommission II. Vgl. Protokolle Bd. V, S. 665.

8. Daher müssen sie auch etwas anderen Grundsätzen unterstehen. Dies ändert nichts am Prinzip.

lasspflegschaft sich so verhält, soll im folgenden nachzuweisen versucht werden. Dies wird die erste Art, unseren Beweis zu führen, sein.

Die Nachlasspflegschaft soll erstens dem Interesse des Erben dienen. Es handelt sich um sein Vermögen. Die Voraussetzungen, an welche die Nachlasspflegschaft geknüpft ist, sind vorhanden, wenn er der Hilfe bedarf.[1]

Noch klarer ist dies bei der Nachlassverwaltung,[2] wo der Erbe die Anordnung beantragen kann (§ 1981), sie also seinen Zwecken dienstbar zu machen im stande ist.

Der Nachlasspfleger soll aber noch anderen Interessen dienen. Zunächst negativ: der Nachlasspfleger soll nicht nur dem Interesse des Erben dienen. Dies erkennt man daraus, dass die Fürsorge des Nachlassgerichts nicht nur dem Interesse des Erben dienen soll,[3] was wiederum aus folgendem hervorgeht: Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält nicht, wie es früher[4] vielfach der Fall war, die Bestimmung, dass der Erblasser die Siegelung des Nachlasses verbieten könne.[5]

Ferner bestimmte der Entwurf I, § 2058 Abs. 2, dass, wenn ein Testamentsvollstrecker vorhanden sei, diesem unter Umständen die Sorge für den Nachlass anvertraut werden müsse. Diese Bestimmung hat die II. Kommission[6] gestrichen. Jetzt kann also auch auf diese Weise der Erblasser die Für-

1. Aehnlich ist Stobbe, Deutsch. Privatr., zu verstehen, wenn er S. 34 sagt: „Diesen Bestimmungen und Einrichtungen liegt die Tendenz zu Grunde, dass der Staat für den ordnungsmässigen Uebergang zu sorgen hat".

2. Vgl. oben § 33 zu Anm. 6.

3. Vgl. oben S. 86.

4. Motive Bd. V, S. 542; Planck, a. a. O. S. 34; Vorbemerkung III, 1 vor § 1942; Strohal, Erbrecht, S. 319[20]; Borcherdt, a. a. O. S. 628.

5. A. L. R. II, 18, § 371 ff.

6. Die Streichung des § 2058 Abs. 2 beruhte nach Prot. Bd. V, S. 665 hauptsächlich auf der Erwägung, dass dieser „selbstverständlich" sei. Man hat aber durch die Streichung u. E. einen weiteren wenn auch nicht gewollten Anhaltspunkt für die prinzipielle Auffassung geschaffen.

sorge des Nachlassgerichts nicht verhindern. Wenn man diese beiden Tatsachen ins Auge fasst, so erkennt man, dass sie nur dann verständlich sind, wenn die „Fürsorge des Nachlassgerichts" nicht nur dem Interesse des Erben dienen soll. Wäre das letztere nämlich der Fall, so wäre nicht abzusehen, weshalb der Erblasser, der es ja überhaupt in der Hand hat, den Erben zu bedenken oder nicht zu bedenken, nicht auch diesem selbst nachteilige Bestimmungen treffen könnte.

Es fragt sich nun, welchen anderen Interessen der Nachlasspfleger denn dienen soll.

Zunächst soll er noch das Interesse der Gläubiger fördern, denn jeder einzelne von ihnen kann die Anordnung einer Nachlasspflegschaft zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruches gegen den Nachlass verlangen (§ 1961),[7] ebenso wie die Anordnung einer Nachlassverwaltung (§ 1981, Abs. 2).

Endlich soll der Nachlasspfleger auch öffentliche Interessen wahrnehmen. Dies ergibt sich hier wieder daraus, dass die Fürsorge des Nachlassgerichts solche zu berücksichtigen hat, und hierzu kommt man durch folgende Erwägung: Hat der Staat besondere öffentliche Interessen im Auge, so wird er stets eine viel energischere, weitgehendere Tätigkeit entfalten, als wenn er lediglich mit den Interessen der ihm angehörenden Einzelpersonen rechnet.

Nun glauben wir nachweisen zu können, dass die „Fürsorge des Nachlassgerichts" von dieser Art ist.

Zunächst beweist es allerdings nichts, dass das Nachlassgericht von Amtswegen tätig wird; denn ebenso verhält

---

7. Diese Vorschrift ist nicht zu strikt auszulegen. So kann auch ein Gläubiger die Bestellung eines Pflegers verlangen, um zuerst mit ihm zu verhandeln und eventuell zu prozessieren. Vgl. K. G. Entscheid. v. 10. 6. 01, Johow, Bd. 22, S. 71 ff. Vgl. auch Bd. 23, S. 205, wo davon gesprochen wird, dass der § 1961 im Interesse des Gläubigers besteht.

es sich auch in anderen Fällen (§ 1913).[8] Aber wir haben es hier in erhöhtem Masse mit einem von Amtswegen Tätigwerden zu tun. Wenn das nach unserem Recht auch nicht so weit geht wie in Frankreich, wo der procureur de la république die Einsetzung eines curateur nachsucht, so sind doch durch zahlreiche Ausführungsgesetze[9] zum Bürgerlichen Gesetzbuch die Ortspolizeibehörden angewiesen, von jedem Todesfall dem Nachlassgericht Kenntnis zu geben.[10] Es ist also gewissermassen ein amtlicher Ueberwachungsdienst für jeden Nachlass organisiert.

Wann das Nachlassgericht einzuschreiten hat, ist reichsgesetzlich im § 1960 bestimmt. Aber die Zahl der Möglichkeiten kann durch Landesgesetz (Art. 140 BGB) beliebig vermehrt werden, allerdings nur inbezug auf gewisse Massnahmen.[11] Diese Bestimmung stand schon im I. Entwurf (Art. 88), ist aber dann erweitert[12] worden, sodass sie über die ursprüngliche Bedeutung, ein Vorbehalt besonders zu Gunsten des württembergischen Rechts zu sein,[13] hinaus-

---

8. Planck zu § 1913, Nr. 5.

9. Frese, „Die künftige Tätigkeit des Nachlassgerichts" im sächs. Arch. Bd. 9, S. 48. Preuss. Ges. über d. freiw. Gerichtsbarkeit Art. 19.

10. Wenn bezüglich der Einleitung der Vormundschaft über Minderjährige ähnliche Bestimmungen bestehen, so liegen hier wohl ebenfalls besondere öffentliche Interessen vor. Der Staat macht die Sache der Minderjährigen zu seiner eigenen.

11. Dies steht nicht im Widerspruch damit, dass wir oben aus der Gleichheit der Voraussetzungen für die ganze Fürsorge des Nachlassgerichts den Schluss auf die Wesensgleichheit der einzelnen Massnahmen gezogen haben. Denn für unseren Zweck kamen lediglich die reichsgesetzlichen Voraussetzungen in Betracht, die allein für das Wesen des Instituts bestimmend sind. Die landesgesetzlichen, durch das Reichsgesetz zugelassenen Bestimmungen sind lediglich Ergänzungen, und so fassen wir sie — trotz gewisser Bedenken — auch als ausgestaltende Bestimmungen in dem oben erwähnten Sinne auf.

12. Planck, Kommentar zum E. G. Art. 140, No. 1, S. 232.

13. Planck, a. a. O.

geht. Ja, hier ist sogar der Fall möglich, dass das Nachlassgericht einschreiten „soll“, nicht nur, dass es dies „kann“. Von dieser Erlaubnis haben Gebrauch gemacht[14] ausser Württemberg (Art. 89), Baden (R.P.G. § 46), Sachsen-Weimar (§ 237), Sachsen-Altenburg (§ 140).

Die Arten der Sicherungsmassregeln sind ferner ausserordentlich mannigfaltige oder, besser gesagt, das Gericht ist überhaupt völlig unbeschränkt, denn alle aufgezählten Arten sind ja nur Beispiele. Die Eingriffe, die das Gericht in die Sphäre des Einzelnen tun kann — z. B. wenn nur ein Erbe angenommen hat —, sind ausserordentlich einschneidende.[15]

Aus alle diesem folgt, dass die Fürsorge des Nachlassgerichts eine so weitgehende ist, wie sie es nur sein kann, wenn sie sich auf den Nachlass auch als Teil des Volksvermögens bezieht, d. h. wenn der Pfleger auch öffentliche Interessen fördern soll.

Wie oben hervorgehoben wurde, betrachtet heute der Staat das Vermögen seiner Bürger nur dann als Volksvermögen, wenn besondere Umstände vorliegen, welche die Eigenschaft des Vermögens als desjenigen von Privaten zurücktreten lassen. Solche besonderen Umstände liegen hier vor. Wenn das Vermögen nach dem Erbfall bis zum Antritt der Erbschaft auch nicht rechtlich herrenlos ist, so steht ihm doch sein Eigentümer ferner als sonst.[16] Daher entspricht es durchaus den Anschauungen unserer Zeit, dass der Nachlasspfleger auch öffentliche Interessen wahrzunehmen hat.

---

14. Fischer-Henle zu Art. 140. Becher, Ausführungsgesetze. Es handelt sich überall um eigentliche Ausführungsgesetze z. BGB, nur in Baden um das sog. Rechtspolizeigesetz.

15. Vgl. Binder, a. a. O. Bd. I, S. 181.

16. Andere Rechte erkennen dies weit mehr an als das deutsche. So der code civil, wenn er von succession vacante spricht. Vgl. auch den codice civile und bezüglich des Schweizer Rechts Huber, a. a. O. S. 390 ff.

Ist nun bewiesen, dass der Nachlasspfleger den verschiedenartigsten Interessen dienen soll, dann ist also der Schluss daraus zu ziehen, dass die Nachlasspflegschaft eine Vermögenspflegschaft ist.

Wenn Dernburg die Konstruktion der Nachlasspflegschaft als Vermögenspflegschaft für das „Zweckmässigste"[17] erklärt hat, und wenn Adamkiewicz (S. 216) von „einer gewissermassen neutralen Stellung des Nachlasspflegers" spricht, so liegen wohl ungefähr dieselben Erwägungen zu Grunde, wie sie an dieser Stelle und im § 4 angestellt sind.

Daneben kann natürlich noch ein Pfleger bestellt werden, welcher nur das Interesse eines der Beteiligten wahrzunehmen hat, ja dies wird sogar oft wünschenswert sein. Der § 1911 BGB gibt dazu eine allgemeine Handhabe, der § 88 F.G.G. regelt einen besonderen diesbezüglichen Fall.[18] Ein solcher Pfleger ist dann Personenpfleger, aber er ist kein Nachlasspfleger.

§ 35.

Ehe im folgenden mehr auf die einzelnen Punkte als auf die Grundgedanken eingegangen werden soll, sei noch folgendes kurz berührt. Es ist gesagt[1] worden, das Bürgerliche Gesetzbuch kenne in einigen Fällen, besonders wenn ein nasciturus Erbe wird, eine hereditas jacens. Wir teilen im

---

17. Preuss. Privatrecht a. a. O. Vgl. auch Hagen a. a. O. S. 79. Aehnliche Gründe mögen auch Bähr bei seinen Vorschlägen S. 163 geleitet haben (Zum Erbr. d. BGB. Arch. f. b. R. Bd. III).

18. Vgl. auch die Darstellung des Schweizer Rechts, und bezüglich des schwedischen Rechts den § 2 der Verordnung vom 24. 9. 1861 (Böhm, Handb., Ergänzungsband S. 121).

1. Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 45; Kipp bei Windscheid Bd. III, S. 193/4.

Hinblick auf unseren den Fiktionen gegenüber eingenommenen Standpunkt[2] diese Auffassung.

Dies ist jedoch an dieser Stelle wohl ohne Bedeutung.

Wenn nämlich eine hereditas jacens vorliegt, so folgt daraus noch nicht, dass die Pflegschaft über die hereditas jacens ohne weiteres eine Vermögenspflegschaft ist. Dieselben Erwägungen, die zur hereditas jacens führen, führen auch dazu, das vom Pfleger nach § 1912 verwaltete Vermögen — z. B. das auf Grund der §§ 844 Abs. 2 in Verbindung mit § 843 Abs. 3 erworbene — als herrenlos zu bezeichnen.[3] Der Pfleger aus § 1912 ist aber ein Personenpfleger.[4] Ist es nun möglich, dass ein Pfleger Vermögen im Hinblick auf einen nasciturus verwaltet, das an sich herrenlos ist, und dass er doch Personenpfleger ist, so könnte auch der Nachlasspfleger ein solcher Personenpfleger sein.[5]

§ 36.

Gehen wir auf die einzelnen Punkte ein.

Es wird vor allem dabei oft nachzuweisen sein, dass einige Stellen des Gesetzes im Widerspruch mit der Auffassung des Pflegers als Vertreter des Erben stehen. Wer diese

2. Vgl. unten § 53.

3. Der erwähnte § 1912 spricht von „künftigen“ Rechten.

4. Hellwig, CP S. 293; Schultetus, Vormundschaftsrecht, S. 225; Böhm, das Vormundschaftsrecht des BGB S. 188; In seinen „Verträgen auf Leistungen an Dritte“ hat Hellwig eine etwas andere Anschauung vertreten (a. a. O. S. 244 Anm. 473). Danach war es übrigens nur folgerichtig, wenn er dort aus dem Gesagten bis zu einem gewissen Grade einen Schluss auf die Auffassung der Nachlasspflegschaft überhaupt zog. Vgl. hierzu Binder, a. a. O. Bd. I S. 189.

5. Anders wäre es natürlich, wenn die hereditas jacens begrifflich juristische Person wäre. Dies wurde aber selbst im gem. R. nicht allgemein angenommen. Vgl. Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge, Bd. II, S. 114; Becher, Rechtsrhein. bayr. Landescivil- und Landescivilprozessrecht, Bd. I S. 343.

nicht wie wir als Beweise für die Grundauffassung anerkennt, ist genötigt,[1] sie „als kaum zu erklärende Singularitäten zu betrachten."

Da ist zunächst immerhin erwähnenswert, wenn ihr auch nach der ganzen Sachlage und dem Zusammenhange keine grosse Bedeutung beizumessen ist, die Tatsache, dass das Gesetz den Ausdruck „Nachlasspflegschaft" gewählt hat, der, wenn der Pfleger Vertreter des Erben ist, nicht als der passendste erscheint.[2 3]

Wichtiger ist folgendes.

Es wäre, wie Hellwig[4] u. E. mit Recht ausführt, nicht verständlich, warum an mehreren Stellen die Gesetzbücher dem Nachlasspfleger „neben dem Erben Befugnisse geben", wenn der Nachlasspfleger Vertreter des Erben wäre. Vertreter und Vertretener üben nicht verschiedene Befugnisse aus. Die Bestimmungen wären also überflüssig, wenn der Pfleger Vertreter des Erben wäre, und weil überflüssig leicht missverständlich. Ist der Nachlasspfleger dagegen Vermögenspfleger, so erklären sich die Bestimmungen leicht; denn der Pfleger übt dann nicht die Befugnisse des Erben aus, sondern davon verschiedene, er ist selbständig.

Als solche Bestimmungen zählt Hellwig[5] u. E. mit Recht

---

1. Vgl. Hellwig, CP S. 300. „Alle diese Vorschriften erscheinen von unserem Standpunkt aus als selbstverständlich". Anders z. B. Binder a. a. O. Bd. II S. 108 „Abnorme Rechtsbildungen lassen sich theoretisch schwer verarbeiten, ohne dass sich Rückstände bilden".

2. Vgl. Hellwig, CP S. 299. Adamkiewicz, S. 220. Cosack, Bd II S. 711.

3. Bei der Revision des II. Entwurfs wurden Anträge gestellt, die dem abhelfen sollten. Protokolle Bd. VI S. 338. Statt „Nachlasspfleger" sollte dort das Wort „Pfleger", statt „Nachlasspflegschaft" die Worte „Pflegschaft nach Massgabe des § 1790" gesetzt werden. Diese Anträge wurden der Redaktionskommission überwiesen, aber nicht berücksichtigt.

4. CP S. 300; Anspr. u. Kl. S. 73.

5. CP S. 300; Anspr. S. 73.

auf: CPO § 991, in welchem dem Nachlasspfleger selbständig das Recht zur Beantragung des „Aufgebotsverfahrens zum Zweck der Ausschliessung von Nachlassgläubigern" eingeräumt wird, und § 217 KO, in welchem der Nachlasspfleger als selbständig berechtigt zum Antrag auf Eröffnung des Nachlasskonkurses bezeichnet wird. In diesem Zusammenhang ist auch § 175 ZVG zu nennen, der auf den § 991 CPO zurückgeht.

Nun könnte man hier einwenden: Gerade so gut wie die Ansicht, die den Nachlasspfleger nicht als den Vertreter des Erben betrachtet, die sämtlichen Gesetzesbestimmungen (d. h. nicht nur die augenblicklich behandelten, sondern auch die folgenden Gruppen) als Konsequenzen eines allgemeinen Prinzips auffasst, gerade so gut könnte man hier die besonderen Vertretungsvorschriften als „Konsequenzen jener Generalvertretung", wie Binder[6] sagt, auffassen. Dies ist auch der Standpunkt der Motive S. 551 zu § 2064 des Entwurf I, der beide Bestimmungen umfasste, die des § 991 CPO und des § 217 KO.

Hiergegen ist zu sagen. Wenn die Nachlasspflegschaft keine Personen-, sondern eine Vermögenspflegschaft ist, so ist dies immerhin ein seltener Fall. Häufiger ist — vgl. § 7 — die Personenpflegschaft.

Solche Spezialbestimmungen als Anhaltspunkte für den Grundgedanken empfehlen sich daher sehr. Wird dagegen der Nachlasspfleger als gesetzlicher Vertreter des Erben aufgefasst, so ist, da die Funktionen des gesetzlichen Vertreters genugsam bekannt sind, kein Grund zu besonderen Aufzählungen vorhanden. Uebrigens ist zu bemerken, dass Cosack,[7] ein Vertreter der herrschenden Richtung, den § 217 KO. analog anwendet, um zu begründen, dass der Nachlasspfleger auch die Anordnung der Nachlassverwaltung beantragen

6. A. a. O. Bd. I, S. 197.
7. Cosack, a. a. O. Bd. II S. 723 Anm. 13.

könne, und nicht, wie er nach dem oben Gesagten tun müsste, dies selbständig als eine „Konsequenz jener Generalvertretung" erklärt.[8]

Für die Nachlassverwaltung ist ein sehr wichtiger zu gunsten der vertretenen Ansicht sprechender Grund der, dass die praktische Notwendigkeit gebietet — Hagen macht dies zum Ausgangspunkt seiner ganzen Erörterung —, dass der Nachlassverwalter mit dem Erben kontrahiert und vor allem prozessiert (§§ 1976, 1978—1980). Ein Prozess zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter als solchen ist aber nicht möglich.[9] [10]

Auch lässt sich vielleicht noch hervorheben, dass in § 241 CPO (§ 246 enthält nur eine kurze Wiederaufzählung) die Nachlassverwaltung ganz scharf im 2. Absatz den Fällen der gesetzlichen Vertretung gegenüber gestellt ist, welche im 1. Absatz behandelt sind.

§ 37.

Der § 2012 BGB Abs. 1 Satz 1—3 und der § 780 CPO enthalten folgende Bestimmungen:

Dem Nachlasspfleger kann eine Inventarfrist nicht bestimmt werden.

Der Nachlasspfleger kann nicht auf die Beschränkungen der Haftung des Erben verzichten.

Der Vorbehalt der Beschränkung der Haftung ist nicht

---

8. Auch Binder, a. a. O. Bd. I, S. 202 scheint einen ähnlichen Schluss zu machen, wenigstens deutet das Wort „folglich" darauf hin, wenngleich dies infolge des ersten Satzes des betreffenden Absatzes zweifelhaft ist.

9. Vgl. Hellwig Anspruch S. 249 und Hagen a. a. O. S. 75.

10. Planck-Ritgen, Vorbemerkung 4 b vor § 1975 betrachtet für solche Prozesse den Verwalter als Vertreter der Gläubiger. Hierzu Hellwig, Anspr. S. 223. R. G. Bd. 29 S. 29 und dazu Hagen S. 75/76.

erforderlich, wenn das Urteil gegen einen Nachlasspfleger erlassen wird.

Alle drei Bestimmungen sind nach Planck[1] so zu verstehen, dass, da der Nachlasspfleger „berufen ist, das Recht des Erben als solchen zu wahren", ihm die „Möglichkeit einer Schmälerung dieser Rechte entzogen" wird.[2] Es ist also als Erklärung für diese Bestimmungen angeführt, dass der Nachlasspfleger den „Erben als solchen" vertritt.

Mit diesen Bestimmungen sind zusammenzustellen die sich aus § 224 No. 4 — 6 KO ergebenden Folgerungen, nämlich dass die Kostenschulden der Nachlasspflegschaft, die Verbindlichkeiten aus den von einem Nachlasspfleger vorgenommenen Rechtsgeschäften[3] und die für den Erben gegenüber einem Nachlasspfleger entstandenen Verbindlichkeiten — die letzteren allerdings nur unter Umständen — Nachlassverbindlichkeiten sind.[4] Da diese Verbindlichkeiten nicht vom Erblasser herrührende Schulden sind, so können sie, sollen sie Nachlassverbindlichkeiten sein, nur zu der zweiten Gruppe der im § 1967 Abs. 2 BGB genannten Verbindlichkeiten, nämlich zu denjenigen, die den Erben als solchen treffen, gehören.[5] Will also die herrschende Lehre diese Folgerungen für vereinbar mit ihrer Auffassung erklären, so kann sie dies auch wie bezüglich der angeführten ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen nur dadurch tun, dass sie als Grund angibt, der Nachlasspfleger sei Vertreter des „Erben als solchen."[6]

1. No. 1 zu § 2012 in Verbindung mit No. 2b. Nach Planck gehören § 780 CPO und § 2012 Abs. 1 Satz 3 zusammen. Planck weist übrigens hier selbst darauf hin, dass die Bestimmungen „positiver Natur" sind. Vgl. oben § 36 zu Anm. 1.

2. Ebenso Strohal, a. a. O. S. 421 für die Inventarfrist.

3. So ausdrücklich Entwurf I z. BGB § 2092.

4. Vgl. Staudinger, Komm. z. BGB zu § 1967 No. II 2b.

5. Vgl. Staudinger, a. a. O.

6. So Binder, Bd. II S. 34. Binder erwähnt allerdings nicht die Kostenschulden (§ 224 No. 4 KO).

Endlich ist in diesem Zusammenhang noch ein Grundsatz aufzuführen, der zwar im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber allgemein als zweifellos anerkannt ist, sodass eine Konstruktion mit ihm im Einklang stehen muss. Es ist der Grundsatz, dass der Pfleger die Erbschaft weder annehmen noch ausschlagen kann.[7] Er sei deshalb mit den obigen Bestimmungen zusammengestellt, weil man auch hier als Grund angeben könnte, dass der Pfleger den „Erben als solchen" vertrete.[8]

Der springende Punkt für das hier Zusammengestellte ist danach, dass der Nachlasspfleger Vertreter des „Erben als solchen" sein soll.

Es soll im Folgenden vom Standpunkt der herrschenden Lehre ausgeführt werden, wie es sich damit verhält. Würde der Nachlasspfleger als Personenpfleger wirklich Vertreter des „Erben als solchen" sein?

Wir möchten dies bezweifeln.

Der Ausdruck „Erbe als solcher" im § 1967 BGB ist zunächst insofern nicht glücklich gewählt, als offenbar auch diejenigen Verbindlichkeiten, welche vom Erblasser herrühren, den „Erben als solchen" treffen.[9] Man muss sich deshalb bei der zweiten Gruppe der Verbindlichkeiten noch hinzudenken, dass diese erst durch oder nach dem Erbfall entstanden sind.[10]

Der Begriff des „Erben als solchen" geht also jedenfalls weiter als es nach dem § 1967 BGB den Anschein hat. Man ermittelt ihn durch folgende Erwägung.

---

7. Allerdings ist zu bemerken, dass das Obertribunal für das A. L. R das Gegenteil annahm. Vgl. die Darstellung des A. L. R. Heute wird man sich hierzu nicht mehr verstehen.

8. Dies könnte dann geschehen, wenn man den Ausdruck „Erbe als solcher" so auffasst, wie es gewöhnlich der Fall ist.

9. Vgl. Strohal, Erbrecht S. 18; Binder, a. a. O. Bd. II S. 32.

10. So klar — worauf Binder a. a. O. hinweist — der Entwurf I § 2092.

Der „Erbe als solcher“ ist zunächst ganz allgemein der Erbe kraft seiner Eigenschaft als Erbe.

Hiermit ist natürlich noch nicht allzuviel gesagt. Es fragt sich vielmehr, wann der Erbe in dieser Erbenstellung in Betracht kommt und wann — denn dies ist wohl der Gegensatz — in seiner sonstigen Rechtsstellung.

Es entspricht unserem Prinzip des Erwerbs der Erbschaft von Rechtswegen, dass der Nachlass als Erbschaft[11] an sich sogleich Vermögen des Erben wird. Soweit dies der Fall ist, steht der Erbe der Erbschaft nicht anders gegenüber als seinem sonstigen Vermögen d. h. also nicht als „Erbe als solcher.“[12]

Wäre der einzige Zweck des Erbrechts,[13] dass der Erbe den Nachlass erhält, so würde dieser zum Vermögen des Erben ohne jede Einschränkung werden, und es wäre damit alles erledigt.

Das ist aber keinesfalls so. Vielmehr soll durch das Erbrecht noch eine ganze Reihe anderer Interessen als die des eigentlichen Erben teils nicht verletzt,[14] teils geradezu gefördert werden.

Hierzu ist es also nötig, dass es bei dem Uebergang des Nachlasses an den Erben nicht sein Bewenden hat. Da nun aber infolge des Erwerbs von Rechtswegen der Nachlass als Erbschaft auf den Erben einmal übergegangen ist, so lassen

---

11. Darüber, dass der Unterschied zwischen Nachlass und Erbschaft nur in der Betrachtungsweise liegt, vgl. Binder, a. a. O. Bd. I S. 13.

12. Vgl. hierzu Cosack a. a. O. Bd. II S. 715; Endemann a. a. O. S. 371. Dagegen meint Staudinger, a. a. O. zu § 1967 2b: „Erbe als solcher bedeutet den Erben als Subjekt des Nachlasses“.

13. Erbrecht hier zur Zusammenfassung des ganzen Rechts, das sich auf den Erbfall bezieht.

14. Dies bezieht sich vor allem auf die Erblasserschulden. Denn der Standpunkt des BGB ist nicht der, dass diese im „Nachlass“ mitenthalten sind und so ohne weiteres auf die Erben übergehen. Die Haftung für die Schulden des Erblassers ist nur eine Folge dieses Uebergangs. Vgl. Hellwig, Rechtskraft S. 312,3; Binder a. a. O. Bd. I S. 14.

sich alle anderen Folgen des Erbfalls als dieser Uebergang nur in der Weise bezeichnen und feststellen, dass man sie in der Person des Erben eintreten lässt.

In dieser Hinsicht hat dann der Erbe eine andere Stellung als sonst im Rechtsleben, er hat dann wirklich eine besondere Erbenstellung, er ist der „Erbe als solcher".

Somit ist der eben ausgesprochene Satz, dass der „Erbe als solcher" der Erbe kraft seiner Eigenschaft als Erbe sei, dahin zu modifizieren: „Erbe als solcher" ist der Erbe, insoweit ihm mit Rücksicht darauf, dass für das Erbrecht noch andere Interessenten[15] als er in Frage kommen, infolge seines Erbschaftserwerbs eine besonders geartete Stellung im Rechtsleben zukommt.[16]

---

15. Wir vermeiden das Wort „Gläubiger". Im § 1968 BGB sind z. B. teils öffentliche Interessen, teils Pietätsrücksichten massgebend. Einen eigentlichen Gläubiger gibt es hier primär jedenfalls nicht. Wohl aber kann man die Allgemeinheit, den Staat, als Interessent bezeichnen. Endemann, a. a. O. Bd. III, S. 398 fasst dagegen die Verpflichtung des Erben aus § 1968 BGB als vererbte Schuld auf.

16. Die anderen Interessen, welche im Erbrecht in Frage kommen, werden in zweifacher Weise wahrgenommen. Erstens treten infolge des Erwerbs der Erbschaft gewisse Rechtsfolgen in der Person des Erben ein, zweitens wird in gewisser Hinsicht auch noch nach dem Erbschaftserwerb der Nachlass als Befriedigungsobjekt für die Gläubiger betrachtet. Vgl. hierzu Cosack, a. a. O. S. 715. Demgemäss ist nun auch die Stellung des „Erben als solchen" eine zweifache. Zunächst ist er der Erbe, in dessen Person gewisse Rechtsfolgen eintreten. Er ist Schuldner (§ 1967 BGB), und ist derjenige, dem gegenüber einseitige Rechtsgeschäfte, die sich auf den Nachlass beziehen, vorgenommen werden müssen (§ 1959 Abs. 3 BGB). Ausserdem ist er Träger gewisser Verpflichtungen (§ 1968), denen zunächst kein Gläubiger gegenübersteht. Soweit es hierzu notwendig ist, kann er sogar von neuem Verbindlichkeiten eingehen, die dann wieder den „Erben als solchen" treffen. Vgl. hierzu ausführlich Binder, Bd. II S. 38ff. Was dann weiter den Nachlass als Befriedigungsobjekt der Gläubiger betrifft, so ist insoweit der Nachlass unselbständiges Sondervermögen des Erben, da die hierfür im 3. Hauptteil ermittelten Voraussetzungen vorliegen. Die besonderen rechtlichen Schicksale liegen hierbei z. B. darin, dass er

Seine Stellung als „Erbe als solcher“ ist für den Erben also gewissermassen die für ihn vorwiegend ungünstige Kehrseite seines Erbschaftserwerbs.

Damit dass hier die Rücksicht auf andere Interessenten massgebend ist, stimmt es auch durchaus überein, dass überall dort, wo der Ausdruck „Erbe als solcher“ im Bürgerlichen Gesetzbuch vorkommt, dieser Ausdruck den Erben in einer gewissermassen passiven Stellung bezeichnet,[17] und dass er in dem hier hauptsächlich in Frage kommenden Paragraphen, nämlich im § 1967, geradezu Schuldner ist. Wird doch durch eine derartige passive Stellung vor allem den anderen Interessenten gedient, wenn dies auch daneben noch in einer anderen Weise geschieht.[18]

Im Gegensatz zu dem Ausdruck „Erbe als solcher“ spricht nun der § 1960 von demjenigen, „welcher Erbe wird“. Wenn man sich jetzt auf den Standpunkt der herrschenden Lehre stellt, für die ja gerade der Wortlaut des § 1960 die stärkste Stütze ist, so muss man folgerichtig auch dem Wortlaut insofern Beachtung schenken, als der Ausdruck „welcher Erbe wird“ von demjenigen „Erbe als solcher“ abweicht. Somit ist schon aus diesem Grunde, wenn der Nachlasspfleger auch Personenpfleger ist, er dennoch nicht Pfleger des „Erben als solchen“.

Man wende demgegenüber nicht etwa ein, die Worte:

---

der Inventarpflicht des Erben nach §§ 1993ff. unterliegt, vgl. Binder, a. a. O. Bd. II S. 43. Somit ist der „Erbe als solcher“ noch ferner der Erbe, insoweit er Subjekt des Nachlasses als Sondervermögen ist.

17. Das Wort „Erbe als solcher“ kommt in §§ 1959, 1967 BGB vor (vgl. Gradenwitz, Wortverzeichnis zum BGB). In ähnlichem Zusammenhange findet sich im § 2144 noch „Vorerbe als solcher“.

18. Insoweit der Nachlass Sondervermögen ist — vgl. Anm. 16 — ist der „Erbe als solcher“ Subjekt von Rechten.

Von einer ausgedehnteren, sozusagen aktiven Stellung des „Erben als solchen“ kann man jedoch nur nach unserer — vgl. unten Anm. 21 — Anschauungsweise sprechen; denn danach ist er Subjekt von Rechten in grösserem Masse.

derjenige „welcher Erbe wird“ liessen sich, rein sprachlich betrachtet, durch den Ausdruck „Erbe als solcher“, der ziemlich synonym ist, ersetzen und damit entfiele jede Verschiedenheit. Denn wenn das Bürgerliche Gesetzbuch die Ausdrücke „welcher Erbe wird“ und der „Erbe als solcher“ einmal technisch gegenüberstellt, so wäre — immer vorausgesetzt, dass man an dem Wortlaut streng festhält, was die herrschende Lehre eben tun muss — die durch eine derartige Ersetzung erzielte Uebereinstimmung nur eine rein äusserliche, an dem Gegensatz selbst würde nichts geändert. Identität zwischen dem ersetzenden Ausdruck „Erbe als solcher“ einerseits und dem ursprünglichen andererseits anzunehmen, wäre eine quaternio terminorum d. h. ein logischer Schulfehler.

Zu dieser wörtlichen Auslegung des § 1960 tritt nun aber noch folgendes. Wir haben gesehen, dass der Erbe „Erbe als solcher“ stets mit Rücksicht auf die Interessen anderer ist. Wäre daher der Nachlasspfleger zwar Personenpfleger, aber Pfleger des „Erben als solchen“, so käme man zu dem Ergebnis, dass er den Erben, seinen Pflegling, gerade insofern nicht vertritt, als ausschliesslich dessen Interessen in Frage kämen. Insbesondere hätte der Pfleger für den Erben nicht insoweit zu sorgen, als durch den Erbfall der Nachlass gewöhnliches Vermögen — im Gegensatz zu Sondervermögen — des Erben wird.

Nun ist aber ein Personenpfleger nach dem § 5 Gesagten ein Pfleger, der gerade die Interessen seines Pfleglings wahrzunehmen hat. Folglich würde der Nachlasspfleger, als Pfleger für den „Erben als solchen“ aufgefasst, gerade das nicht tun, worin seine eigentliche Aufgabe bestände, d. h. wir hätten es hier mit einem offenbaren Widerspruch zu tun.

Spricht das Gesagte generell dagegen, dass der Nachlasspfleger, als Personenpfleger aufgefasst, den „Erben als solchen“ vertreten würde, so kommt hierzu noch folgende

spezielle Erwägung. Der Nachlasspfleger kann unzweifelhaft Verbindlichkeiten hinsichtlich des Nachlasses eingehen; dies kann aber der „Erbe als solcher", wie wir später sehen werden, nicht.[19] Folglich wäre es nicht verständlich, wie der Nachlasspfleger zu dieser Befugnis käme.[20]

Wenn man den Nachlasspfleger als Personenpfleger auffasst, so vertritt er also nicht den „Erben als solchen", sondern denjenigen, „welcher Erbe wird". Den Nachlasspfleger lediglich mit dem „Erben als solchen" in Verbindung zu bringen, würde u. E. viel eher einer Auffassung der Nachlasspflegschaft als einer Vermögenspflegschaft entsprechen.[21]

In dem Ausdruck „welcher Erbe wird" liegt zunächst

---

19. Abgesehen von dem schon erörterten Fall des § 1968.

20. Es ergiebt sich folgende Alternative: Entweder der Nachlasspfleger vertritt den „Erben als solchen", dann kann er keine Verbindlichkeiten eingehen, — oder er vertritt den Erben ohne diese Beschränkung, dann werden die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten keine Nachlassverbindlichkeiten. Da aber infolge des § 224 No. 5 K. O. der Nachlasspfleger zwar Verbindlichkeiten hinsichtlich des Nachlasses eingehen kann, diese aber Nachlassverbindlichkeiten sind, so ist diese Regelung überhaupt mit der Annahme, dass eine Personenpflegschaft vorliegt, nicht vereinbar.

21. Wir haben oben Anm. 16 gesehen, dass der „Erbe als solcher" auch der Eigentümer des Nachlasses ist, soweit derselbe als Sondervermögen betrachtet werden muss. Für die herrschende Lehre war dies nicht von allzugrosser Bedeutung, da der Nachlass immer nur in gewisser Beziehung Sondervermögen sein konnte.

Man kann jedoch von dem Standpunkte der Vermögenspflegschaft aus weiter gehen. Wird der Nachlass einer besonderen Verwaltung unterstellt, wie dies bei Einleitung einer Vermögenspflegschaft geschieht, dann ist der Nachlass in jeder Beziehung Sondervermögen und der Erbe steht zu ihm lediglich im Verhältnis des „Erben als solchen." Dann ist der Nachlasspfleger zwar nicht Vertreter des „Erben als solchen", aber seine Tätigkeit hat doch mittelbar, wenn es sich um ein selbständiges Sondervermögen handelt, unmittelbar, wenn es sich um eine Verwaltung kraft Amtes handelt — eine Wirkung nur für den „Erben als solchen".

vom Standpunkte der herrschenden Lehre aus nur eine Individualisierung. Es wird derjenige bestimmt, der als der Vertretene in Frage kommt. Insofern ist die Wendung etwa ebenso aufzufassen, wie das Wort der „Beteiligte“ im § 1913 in ähnlichem Zusammenhange.[22] Aus den erwähnten Worten und aus dem ganzen Zusammenhange ergibt sich aber noch mehr; es lässt sich auch der Umfang der Pflegschaft — immer natürlich vorausgesetzt, dass sie Personenpflegschaft sein soll — bestimmen. Diese erstreckt sich, soweit der Erbe überhaupt mit der Erbschaft zu tun hat, nicht weiter — eine andere Angelegenheit kann hier nicht in Frage kommen —, aber auch nicht weniger weit. Vor allem hat der Pfleger natürlich den Erben, insoweit der Nachlass dessen Vermögen geworden ist, zu vertreten.

Auf den „Erben als solchen“ bezieht sich die Nachlasspflegschaft nun auch, nur bezieht sie sich eben nicht ausschliesslich auf ihn. Dass die Nachlasspflegschaft sich überhaupt auf den Erben auch unter diesem Gesichtspunkt erstreckt, liegt daran, dass der Pfleger, der die Interessen jemandes wahrzunehmen hat, diesen — was regelmässig in seiner Pflegereigenschaft liegt — auch dann vertritt, wenn durch die betreffende Angelegenheit die Interessen anderer ausgelöst werden und der Pflegling diesen gegenüber eine bestimmte Stellung einzunehmen hat. Insofern dies bei dem Erben der Fall ist, heisst dieser ja aber gerade „Erbe als solcher“.

Der Ausdruck „welcher Erbe wird“, ist also im Ergebnis weiter als die Wendung „Erbe als solcher“ und schliesst diese in sich.

Wir können nun einen Schritt weiter gehen. Wenn der Nachlasspfleger, als Personenpfleger aufgefasst, nicht Vertreter des „Erben als solchen“ ist, so entfällt damit die

22. Vgl. die Ausdrucksweise im HGB § 781 „für Rechnung, wen es angeht“.

Erklärung, welche die herrschende Lehre für die oben aufgezählten Erscheinungen gibt. Ist der Nachlasspfleger aber Vertreter desjenigen, „welcher Erbe wird", so lässt sich nur die Tatsache erklären, dass der Nachlasspfleger die Erbschaft weder annehmen noch ausschlagen kann; denn der Erbe, der noch die Erbschaft annehmen und ausschlagen kann, ist auch nicht derjenige, „welcher Erbe wird", er ist nicht der endgültig Beteiligte,[23] um den es sich hier handelt.[24]

Alle anderen aufgeführten Erscheinungen sind aber, wenn der Nachlasspfleger Vertreter des Erben, soweit dieser mit der Erbschaft überhaupt zu tun hat, ist, mit der Auffassung des Nachlasspflegers als Personenpflegers nicht vereinbar. Teils wäre es nämlich nicht einzusehen, warum dem Pfleger eine andere rechtliche Stellung[25] zugewiesen würde, als dem von ihm Vertretenen, teils nicht, warum dieser nicht unbeschränkt für seinen Vertreter haften sollte.

23. Deshalb ging auch wohl für das preussische Recht das Obertribunal zu weit.

24. Auch nach Adamkiewicz, a. a. O. S. 219 soll der Nachlasspfleger „nicht den vertreten, der als Erbe noch annehmen oder ausschlagen kann, sondern den, der sich endgültig als der Erbe erweist".

25. Es bedarf wohl nur der Ausführung, warum der Erbe, wenn er für den Nachlass handelt, nicht nur als „Erbe als solcher" haftet. Dies — es ist dies übrigens herrschende Ansicht — geht zunächst u. E. daraus hervor, dass er dann unter dem Gesichtspunkt handelt, dass der Nachlass sein Vermögen geworden ist, welches er verwalten will wie auch sein übriges. Es ergiebt sich dies aber auch aus dem § 1978 Abs. 3 BGB. Denn regelmässig — von reinen Realkontrakten abgesehen — werden die Aufwendungen in Erfüllung einer vorher entstandenen Verbindlichkeit geschehen sein. Haftete nun der Erbe für die Verbindlichkeiten, die ihn infolge der Verwaltung des Nachlasses treffen, „als solcher", so würden diese Verbindlichkeiten Nachlassverbindlichkeiten sein, für welche an sich der § 1979 gilt. Ist nun auch zuzugeben, dass der § 1978 Abs. 3 dem Erben weiter entgegenkommt als der § 1979, mithin nicht überflüssig ist, so muss doch, wenn es sich prinzipiell in beiden §§ um dasselbe handelte, die gänzlich verschiedene Fassung der beiden §§ auffallen.

§ 38.

Nehme man aber selbst einmal an, der Nachlasspfleger sei Vertreter des „Erben als solchen". Selbst dann wären damit die drei gesetzlichen Bestimmungen der§§ 2012, Abs. 1, Satz 1 und 3 BGB und 780 CPO schwer vereinbar.[1]

Es ist schon oben erwähnt worden, dass nach Planck, da der Nachlasspfleger „berufen ist, die Rechte des Erben als solchen zu wahren", ihm die „Möglichkeit einer Schmälerung dieser Rechte entzogen" wird.

Wenn man nun einmal annimmt, dass der Nachlasspfleger Pfleger des „Erben als solchen" ist, so muss man — da man alsdann den Begriff „Erben als solchen" weiter fasst —, zugeben, dass das Recht auf beschränkte Haftung — dieses wäre das beim Fortfallen der drei erwähnten Bestimmungen möglicherweise durch den Nachlasspfleger beschränkte Recht — ein Recht des „Erben als solchen" ist. Eine andere Frage ist es dagegen, ob denn der Schluss Planck's richtig ist, durch den er diese beiden als richtig zugegebenen Tatsachen in Verbindung bringt.

U. E. müsste gerade umgekehrt, wenn das Recht auf beschränkte Haftung dem „Erben als solchen" zustände, und der Nachlasspfleger Vertreter des „Erben als solchen" wäre, dem Nachlasspfleger eine Schmälerung dieses Rechts möglich sein. Gewiss ist es logisch möglich, dass die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters in einzelnen Beziehungen beschränkt wird, wie dies z. B. beim Vormund der Fall ist.

Beschränkungen dieser Art werden aber nur dann vom Gesetz angeordnet, wenn sie sich aus ganz besonderen,

---

1. Hellwig beruft sich auf diese Bestimmungen, um seine Ansicht zu vertreten, besonders auf die, dass dem Pfleger keine Inventarfrist gesetzt werden kann. Anspr. S. 73; C. P. S. 300.

meist sehr schwer wiegenden Gründen rechtfertigen lassen. Sie sind immerhin eine Durchbrechung des Regel.

Zu einer solchen Durchbrechung liegt aber hier kein Anlass vor. Wenn der Nachlasspfleger gesetzlicher Vertreter des Erben wäre, so ist kein Grund vorhanden, die dem Erben nachteiligen Konsequenzen dieser Vertretung abzuwehren, und zwar gerade Konsequenzen von der Art — wir sprechen hauptsächlich von der Inventarerrichtungspflicht[2] —, wie sie das Rechtsverhältnis, in dem ihn der Pfleger vertreten soll, typisch im gewöhnlichen Verlauf der Dinge mit sich bringt. Es wäre u. E. nach der ganzen Sachlage nur billig, dass er auch die Nachteile hätte.

Sonach ist, auch wenn der Nachlasspfleger Vertreter des „Erben als solchen“ wäre, die Auffassung des Nachlasspflegers als Personenpflegers mit diesen drei gesetzlichen Bestimmungen schwer vereinbar.

Alle im § 37 zusammengefassten Bestimmungen etc. sind dagegen erklärlich, sobald man sich auf den Boden der hier vertretenen Ansicht stellt.

Der Pfleger hat dann unmittelbar mit dem Erben überhaupt nichts zu tun, und so kann die Nachlasspflegschaft ein nach besonderen Grundsätzen geregeltes Institut sein. Dies ist der Schlüssel zur Hebung aller Schwierigkeiten.

§ 39.

Stellt man sich nun aber wiederum einmal auf den Standpunkt, dass durch den Nachlasspfleger die Rechte des „Erben als solchen“ nicht geschmälert werden sollten, dann wäre wieder der § 2017 nicht zu erklären. Er bestimmt, dass wenn eine Nachlasspflegschaft angeordnet ist, die Fristen der §§ 2014, 2015, Abs. 1 mit der Bestellung beginnen, d. h. nicht nur gegen den Nachlasspfleger, sondern

2. Ueber den Verzicht könnte man vielleicht anders denken.

auch zu ungunsten des Erben, wenn dieser nachher annimmt.[1 2]

Hier würde der Umstand, dass eine Nachlasspflegschaft besteht, die Rechte des „Erben als solchen“ dennoch schmälern. Dass in den oben behandelten Fällen die Schmälerung durch eine Handlung oder Unterlassung des Pflegers — z. B. Versäumung der Inventarfrist —, und hier nur durch die Tatsache, dass die Frist zu laufen begonnen hat, erfolgt, ist lediglich scheinbar. Denn wenn man es sich überlegt, hätte in beiden Fällen der Pfleger Schuld, dass er die ihm gesetzte Frist nicht ausgenutzt hat. Auch die Folgen sind qualitativ die gleichen. In dem einen Fall würde der Erbe das Recht der dauernden Haftungsbeschränkung, in dem andern das Recht der zeitweiligen Verweigerung verlieren. In dem einen Fall aber würde nach der herrschenden Lehre dem Erben ein Nachteil erwachsen in dem andern nicht. Das ist ein weiterer angreifbarer Punkt dieser herrschenden Lehre.

Von unserem Standpunkte aus erklärt sich übrigens der § 2017 wieder ganz einfach. Der Pfleger hat eine besondere Stellung, ihm gegenüber läuft an sich die Frist selbständig.[3] Wenn dies jedem, auch dem Erben, gegenüber

1. Strohal, S. 437; Planck, Bd. V S. 152 zu § 2017 No. 1.

2. Hellwig, C. P. S. 300 macht von diesem § 2017 einen andern Gebrauch.

3. Dies ist hier möglich. Dass dagegen eine Inventarfrist dem Pfleger selbständig nicht gestellt werden kann und dass dieser den Nachlassgläubigern über den Bestand des Nachlassers lediglich Auskunft zu erteilen hat (§ 2012 Abs. 1 S. 2 BGB) erklärt sich aus Folgendem. Der Nachlass ist während der Nachlasspflegschaft mit dem Vermögen des Erben noch nicht vermischt und der Erbe hat noch nicht das Verwaltungsrecht in Bezug auf dem Nachlass — vgl. § 40 zu Anm. 10 —. Daher ist für die Gläubiger noch keine nennenswerte Gefahr vorhanden, dass Erbschaftsgegenstände bei Seite gebracht werden. Das Gesetz ist dem Nachlasspfleger gegenüber nicht in gleicher Weise misstrauisch wie gegenüber dem Erben. Infolgedessen genügt es, so lange eine Nachlasspflegschaft besteht, wenn die Gläubiger über den Bestand des Nach-

angerechnet wird, so beruht das darauf, dass der Erbe den Nachlass in jeder Hinsicht so übernimmt, wie er unter den Händen des Pflegers geworden ist.[4]

Besonders erwähnenswert erscheint auch der § 41 GBO, aus ihm geht offenbar hervor, dass der Pfleger nur mit dem Nachlass zu tun hat.

§ 40.

Der Vertreter kann kein Recht haben, welches der Vertretene nicht hat. Dies ergibt sich aus dem Wesen der Vertretung; leitet der Vertreter doch seine ganze rechtliche Stellung von der des Vertretenen ab. Könnte man daher nachweisen, dass der Nachlasspfleger Rechte hätte, welche dem Erben nicht zustehen, so wäre dies ein neuer Grund gegen die herrschende Lehre.

Es ist hier vom Verwaltungsrecht in bezug auf den Nachlass und von dem durch Hellwig so genannten Prozessführungsrecht zu sprechen.[1]

Das Folgende gilt allerdings zunächst nur für den Fall, dass der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat.[2] Eine oder die andere von den gesetzlichen Bestimmungen oder den sich aus ihnen ergebenden Folgerungen mag zwar auch nach der Annahme gelten. Aber dies wird daraus zu

---

lasses Auskunft erhalten, und es bedarf weder eines unter Mitwirkung der Behörde aufgenommenen Inventars, noch der Androhung derartiger Nachteile, wie sie bei Versäumung der Inventarfrist eintreten.

4. Vgl. oben § 32 zu Anm. 26.

1. Das Verwaltungsrecht in bezug auf ein Vermögen umfasst die Befugnis zu tatsächlichen Massnahmen und Rechtshandlungen. Hinsichtlich dieses Vermögens ist „Prozessführungsrecht" „die Befugnis zur gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs". Vgl. Hellwigs Aufsatz „Prozessführungsrecht und Prozessführungsmacht" Sonderabdruck aus der Zeitschr. D. Recht S. 4 und — wenn auch in der Terminologie anders — C. P. S. 317.

2. Vgl. Hellwig, der einen Unterschied macht, S. 294 Anm. 11.

schliessen sein, dass die Nachlasspflegschaft eine Vermögenspflegschaft ist. Als Beweismittel dafür, dass sie dies ist, können die ausgedehnten Bestimmungen nicht dienen.

Hat man dann durch diese Bestimmungen einen Schluss auf das Wesen der Nachlasspflegschaft vor der Annahme — die übrigens bei weitem die Hauptform[3] ist — gezogen, so wird man trotzdem einen Rückschluss auf das Wesen der Nachlasspflegschaft überhaupt machen können. Dies ist ist etwas von dem früher Erwähnten wesentlich Verschiedenes und beruht auf der Erwägung, dass die Nachlasspflegschaft in allen ihren verschiedenen Formen den gleichen Charakter besitzt.

Es könnte vielleicht fraglich erscheinen, ob man hinsichtlich der Stellung des Erben zum Nachlass vor der Annahme nicht einen Unterschied machen müsste zwischen dem Fall, dass der provisorische Erbe die Erbschaft annimmt, und dem, dass er sie ausschlägt. Müsste dies geschehen, dann käme hier lediglich der erste Fall in Frage, denn der Nachlasspfleger würde ja nach der herrschenden Lehre von vornherein den definitiven Erben vertreten. Einen derartigen Unterschied zu machen, erscheint aber nicht richtig. Zwar ist die Auffassung des Gesetzes die, dass, wenn die Erbschaft ausgeschlagen wird, der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt (§ 1953, Abs. 1 BGB.). Aber diese Rückwirkung, wenn es zur Ausschlagung kommt, kann es nicht ungeschehen machen, dass in der Zwischenzeit doch ein Anderer Erbe war. Sie könnte höchstens alle rechtlichen Folgen beseitigen. Es verhält sich hier ähnlich, wie man es oben bei dem Anfall der Erbschaft an einen nasciturus hat sehen können.

Andererseits[4] wird auch der Erbe, welcher später an-

---

3. Ist der Erbe unbekannt, so wird ja meistens zugleich der Fall vorliegen, dass er die Erbschaft nicht angenommen hat.

4. Eine ähnliche Gegenüberstellung macht Binder, a. a. O. Bd. I S. 156.

nimmt, vor dieser Annahme nicht die volle Erbenstellung haben können.[5 6] Muss sich doch der provisorische Erbe stets sagen, dass er vielleicht nicht definitiver wird. Er muss sich dies sagen, obgleich es lediglich von ihm abhängt, ob er es wird. Ist doch auch für ihn vor der Annahme regelmässig eine Ungewissheit vorhanden; denn sobald er entschlossen ist, wird er zur Annahme schreiten.

Diese beiden Erwägungen bestimmen die Stellung des Erben vor der Annahme. Sie ist eine einheitliche,[7] ganz gleich, ob der Erbe später annimmt oder ausschlägt. Die Grundlage dieser Stellung ist die, dass der Erbe sich stets gegenwärtig halten muss, dass er ausschlagen kann und dass es dann zur Rückziehung nach § 1953 Abs. 1 kommt.

Diese Regelung erscheint auch als diejenige, welche im Interesse der Verkehrssicherheit geboten ist. Denn Dritte, welche mit dem provisorischen Erben zu tun haben, dürfen prinzipiell[8] nicht von der Annahme oder Ausschlagung betroffen werden.

Die Stellung des provisorischen Erben ist nun keineswegs, wie man etwa daraus, dass er auf eine Rückziehung gefasst sein muss, annehmen könnte, eine solche, dass sie nichts mit der des definitiven Erben gemeinsam hat. Denn

---

5. Endemann, a. a. O. Bd. III S. 352 betont „diese innere Unfertigkeit der Rechtszustände". Diese muss nach ihm „von allen Beteiligten beachtet werden." So weit, wie hier im Text gegangen ist, geht Endemann allerdings nicht.

6. Vgl. Hellwig, C. P. S. 296, und Prot. II Bd. V S. 662: „Der Anfall der Erbschaft" stellt „nicht ohne Weiteres eine solche Verbindung zwischen den beiden Vermögen her, dass der Nachlass in jeder Beziehung als Vermögen des Erben zu gelten hätte". In anderen Rechten ist die eigentümliche Rechtslage noch deutlicher zum Ausdruck gebracht. Vgl. § 34 Anm. 16.

7. Abweichend Köhne-Feist, Nachlassbehandlung, S. 285.

8. Vgl. unten Anm. 19. Nach dem dort Gesagten wird jedoch nicht etwas ungültig, was bis dahin gültig war, sondern was bis dahin ungültig war, wird unter Umständen gültig.

die Rückziehung kann nur — wie wir sahen — alle rechtlichen Folgen vernichten, sie muss es nicht tun. Im Interesse der Erhaltung des Nachlasses wird sich eine solche absolute Rückziehung nicht empfehlen.

Sonach ist die Stellung eines provisorischen Erben eine mittlere. Er hat zwar in gewisser Weise die Stellung eines definitiven, aber eben nur in gewisser Weise.

Das Gesetz trifft eine Regelung in doppelter Art. Der provisorische Erbe, der später die Erbschaft ausschlägt, wird einerseits dem definitiven in gewisser Weise gleichgestellt; dem provisorischen Erben, der später annimmt, sind andererseits ausdrücklich gewisse Rechte oder Pflichten des definitiven Erben entzogen. Bestimmungen der ersten Art sind die des § 1959 BGB, die der letzteren diejenigen der §§ 207, 1958 BGB und 239 CPO.

Weiter zu gehen, hat das Gesetz, dessen Aufgabe es ja regelmässig nicht ist, zu konstruieren, keine Veranlassung. Es muss sich in unserem Falle damit begnügen, wenn es die notwendigen Anordnungen getroffen hat — notwendig, weil sonst eine andere Regelung statthaben würde —, und wenn es dadurch gewissermassen von zwei verschiedenen Seiten her die Annäherung an ein Mittel festgelegt hat. Der Auslegung bleibt es dann naturgemäss überlassen, dieses Mittel näher festzustellen.

Der provisorische Erbe hat zunächst kein uneingeschränktes Verwaltungsrecht.[9] Dies geht schon daraus

9. Vgl. Hellwig, C. P. S. 297 und Anspr. u. Klagr. S. 225. Er führt als einen Grund dafür, dass dem Erben das Verwaltungsrecht nicht zusteht, an: Der Pfleger kann sonst „die ihm gestellten Aufgaben nicht erfüllen". Wenn wir ebenso sagten, würden wir auf einen früheren Punkt unserer Beweisführung (§ 34), der in sich abgeschlossen sein soll, zurückgreifen. Wir sahen: Die Nachlasspflegschaft wird im Interesse verschiedener Personen angeordnet; ist dies der Fall, so ist sie unbedingt eine Vermögenspflegschaft. Die von Hellwig angestellte Erwägung ist für uns alsdann teils eine von den Argumentationen, die den allgemeinen, in §§ 6, 7 behandelten Schluss, teils eine von denen, die unseren speziellen Nachweis vermitteln.

hervor, dass man zwar noch nicht in jeder Verwaltungshandlung eine stillschweigende Annahme zu erblicken braucht, dass man aber doch das völlige Schalten wie ein Eigentümer als eine stillschweigende Annahme betrachten und daher dem provisorischen Erben eine dahingehende Möglichkeit nicht einräumen wird.

Der provisorische Erbe hat aber wohl überhaupt kein eigentliches Verwaltungsrecht.[10] Bestimmt doch der § 1959, Abs. 1:

> „Besorgt der Erbe vor der Ausschlagung erbschaftliche Geschäfte, so ist er demjenigen gegenüber, welcher Erbe wird, wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet."[11]

Wer aber die Stellung eines Geschäftsführers ohne Auftrag hat, ist nicht der Verwaltungsberechtigte. Dass der Erbe andererseits nur „wie" ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet ist, liegt daran, dass er doch zunächst immer für sich handelt, was ja bei dem Geschäftsführer ohne Auftrag nicht der Fall ist. Aus dem § 1959 Abs. 1 geht danach immerhin hervor, dass der provisorische Erbe das Recht hat, erbschaftliche Geschäfte zu besorgen,[12] soweit deren Besorgung im Interesse desjenigen, der Erbe wird, liegt. Ein eigentliches Verwaltungsrecht ist dies jedoch nicht.

Die Stellung des provisorischen Erben nach aussen[13] ergibt sich vor allem aus dem § 1959 Abs. 2 und 3. Nach Abs. 2 hat der provisorische Erbe über einen Nachlassgegenstand nur dann das Recht zu verfügen, wenn die Verfügung nicht ohne Nachteil für den Nachlass verschoben werden kann, und nach Abs. 3 kann dasjenige Rechtsgeschäft

---

10. Vgl. die vorige Anmerkung bezüglich der Literatur.

11. Hiermit ist auch der § 1978, Abs. 1, Satz 2 zusammenzustellen.

12. Vgl. Hellwig, C. P. S. 298: „Der deliberierende Erbe führt eigene Geschäfte".

13. Vgl. hierzu Planck zu § 1959, No. 1.

dem provisorischen Erben gegenüber vorgenommen werden, welches dem „Erben als solchen" gegenüber vorgenommen werden muss.[14]

Auch das Prozessführungsrecht[15] fehlt dem provisorischen Erben. Bezüglich des passiven bestimmt es der § 1958 BGB[16] ausdrücklich. Hinsichtlich des aktiven geht es aus dem ausserordentlich wichtigen § 207 BGB hervor. Wenn nämlich der Erbe vor der Annahme klagen könnte, dann wäre es nicht gerechtfertigt, eine Hemmung der Beendigung der Verjährung eintreten zu lassen. Hieran könnte auch der von den Motiven[17] Bd. I, S. 324 angeführte Grund, dass der provisorische Erbe zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet sei, ein zum Nachlass gehörendes Recht geltend zu machen, nichts ändern. Denn der provisorische Erbe kann nicht nur in der gerichtlichen Geltendmachung eines Rechtes nachlässig sein. Gegen eine sonstige Nachlässigkeit ist aber der definitive Erbe keineswegs geschützt.[18] Es steht durchaus im Belieben des provisorischen Erben, ob er die erbschaftlichen Geschäfte wahrnehmen will oder nicht (§ 1959 Abs. 1). Durch eine dieser sonstigen Nachlässigkeiten kann aber ein viel höherer Schaden erwachsen als gerade durch die Unterlassung der Erhebung einer Klage. Somit bestände, wenn der provisorische Erbe überhaupt das

---

14. Dies sind alle einseitigen Rechtsgeschäfte, welche auf den Nachlass Bezug haben. Hellwig, C. P. S. 297. Vgl. unsere obigen Ausführungen in § 37 zu Anm. 17.

15. Vgl. Hellwig, C. P. a. a. O.

16. Dieser § ist nicht so zu verstehen, dass er nur ein Einrederecht des Erben begründet. Vgl. Köhne-Feist, a. a. O. S. 236; Hellwig, C. P. S. 298; Eccius, Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten bei Gruchot, Bd. 43, S. 605; Strohal, a. a. O. S. 316; Binder, Bd. I, S. 159. Anderer Ansicht Planck, a. a. O. zu § 1958, No. 1, 2; Fischer-Henle zu § 1958.

17. Vgl. ebenso Planck zu § 207, No. 1.

18. Eine Entschädigungspflicht des provisorischen Erben kommt hier nicht in Frage.

aktive Prozessführungsrecht hätte, kein Grund zu der erwähnten Vorschrift des § 207. Dafür, dass dem provisorischen Erben das Prozessführungsrecht fehlt, ist endlich noch der § 239, Abs. 5 CPO. anzuführen.

So hat also der provisorische Erbe, ganz gleich,[19] ob er später annimmt oder nicht, kein eigentliches Verwaltungsrecht, sondern nur gewisse ganz beschränkte Rechte.

Der Nachlasspfleger dagegen hat regelmässig[20] ein richtiges Verwaltungsrecht. Er hat damit auch das Prozessführungsrecht, da dies nach Hellwig ein Ausfluss des Verwaltungsrechtes ist. Dass es dem Pfleger zusteht, ist übrigens noch ausdrücklich in den §§ 1960 Abs. 3 BGB. und 243 CPO. hervorgehoben.[21]

Danach ist eine grosse Verschiedenheit zwischen der Stellung des provisorischen Erben und der des Nachlasspflegers vorhanden. Diese Verschiedenheit ist sogar eigentlich eine noch grössere, weil, wenn die Nachlasspflegschaft eingeleitet ist, der Erbe noch weniger Rechte dem Nachlass gegenüber hat. Er hat nämlich dann noch nicht einmal die S. 111 ff.

---

19. Mit dieser Gleichstellung steht es übrigens nicht im Widerspruch, dass, wenn der Erbe später annimmt, Verfügungen, zu denen er vorher kein Recht hat, Gültigkeit erhalten; zu diesem Ergebnis dürfte man durch eine analoge Anwendung des § 185, Abs. 2, BGB gelangen. Zwischen der analogen Anwendung dieses § und der Annahme eines Verwaltungsrechts von vornherein liegt ein grosser prinzipieller Unterschied. Vgl. hierzu Hellwig, C. P. S. 297.

Auch die Tatsache, dass nach § 1959, Abs. 1 der provisorische Erbe, der ausschlägt, dem definitiven Erben gegenüber die Stellung eines Geschäftsführers ohne Auftrag hat, dürfte als eine solche später eintretende Tatsache betrachtet werden. Der § 1959, Abs. 1 hat einen doppelten Charakter. Einmal lässt sich aus ihm ein Schluss für das Recht des provisorischen Erben überhaupt ziehen, und in diesem Sinne haben wir ihn oben benutzt. Daneben hat er aber noch die hier erwähnte Bedeutung.

20. Ob er es immer hat, kann dahingestellt bleiben. Vgl. Strohal, a. a. O. S. 321. Es kommt hier lediglich auf das Prinzip an.

21. Vgl. Hellwig, C. P. S. 297; Hagen, a. a. O. S. 84.

ermittelten beschränkten Rechte — vgl. S. 114 —, welche ihm sonst als provisorischen Erben zustehen würden. Dies konnte jedoch hier nicht Berücksichtigung finden. Vielmehr durfte lediglich die Stellung des provisorischen Erben unabhängig von dem Vorhandensein einer Nachlasspflegschaft ins Auge gefasst werden. Denn die geringeren Rechte des Erben, wenn eine solche eingeleitet ist, ergeben sich — in Anbetracht dessen, dass die Vermögenspflegschaft begrifflich in einer besonderen Verwaltung besteht[22] — als eine Folge der Auffassung der Nachlasspflegschaft als einer Vermögenspflegschaft. Sie als ein Argument dafür zu gebrauchen, dass die Nachlasspflegschaft eine solche ist, wäre daher nicht angängig.

Was endlich die Nachlassverwaltung und die Verwaltung aus § 2129 BGB. anlangt, so ist ausdrücklich gesagt, dass der Erbe das Verwaltungsrecht nicht hat, während der Pfleger es hat (§§ 1984, 2129 Abs. 1).

§ 41.

Ganz besonders scheint es auch für die vertretene Ansicht zu sprechen, dass man sonst zu Konsequenzen gelangt, die nicht annehmbar erscheinen.

Hierher gehört zuerst, wie auch Adamkiewicz hervorhebt,[1] die Tatsache,[2] dass der Pfleger den Erben ermitteln muss. Es ist nämlich höchst seltsam, dass sich „der Vertreter denjenigen zu suchen hat, den er vertritt".

Wichtiger ist folgendes. Kipp bei Windscheid, der ja der Ansicht ist, der Pfleger sei Vertreter des Erben, kommt bei der Entwicklung seiner Ansicht zu einem Ergebnis, das,

---

22. Vgl. oben § 8.

1. Vgl. die obigen Ausführungen zum A. L. R. im § 22 zu Anm. 4.

2. Binder, Bd. I S. 194; Planck, Vorbem. 5 c α vor § 1942; Weissler, Das deutsche Nachlassverfahren, S. 110

wenn wir recht sehen, auch nicht annehmbar erscheint. Er meint nämlich,[3] dass, wenn für eine Erbschaft ein preussisches Grundstück im Werte von mehr als 5000 M. erworben wird und der Definitiverbe eine juristische Person wird, welche in einem anderen Bundesstaate ihren Sitz hat, „sich der Erwerb als der Genehmigung des preussischen Staates bedürftig“ darstellt.

Wenn nun die Möglichkeit überhaupt gegeben ist, dass eine derartige juristische Person, wenn auch erst als Spätberufener, Erbe wird, so wird dann in gewisser Beziehung die Tätigkeit des Pflegers lahm gelegt werden. Denn selbstverständlich wird sich niemand darauf einlassen, mit ihm ein derartiges Geschäft abzuschliessen, wenn er auf eine Nichtbestätigung gefasst sein muss. So werden die Näherberufenen geschädigt.

Eine weitere nicht annehmbare Konsequenz ergibt sich mit Rücksicht auf § 750 CPO.

In diesem Paragraphen ist bestimmt, dass die Zwangsvollstreckung nur beginnen darf, wenn die Personen, für und gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urteil oder in der demselben beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind.

An diesem Erfordernis der namentlichen Bezeichnung muss streng festgehalten werden. Die Personen der Beteiligten sollen — in Anbetracht dessen, dass es sich um einen bedeutsamen Eingriff in eine Rechtssphäre handelt —, so festgestellt werden, dass nicht der geringste Zweifel besteht. Demgemäss bestimmt auch die Preussische Anweisung für Gerichtsvollzieher im § 48, dass die Vorschriften der Civilprozessordnung inbezug auf die Vollstreckungstitel „genau zu beachten“ sind.[4]

---

3. Windscheid-Kipp, Bd. III S. 194.

4. Auf die Bestimmungen der Anweisung für Gerichtsvollzieher weist Hagen a. a. O. S. 85 mit Recht hin. Vgl. hierzu auch Petersen, Kommentar zur CPO zu § 750 No. 3.

Es sind danach mit Rücksicht auf diesen § 750 CPO. zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Die Person des Gläubigers, der vollstrecken will, und diejenige des Schuldners, gegen den vollstreckt werden soll, sind im Urteil namentlich bezeichnet. Dann lässt der Gläubiger sich auf diese Personen eine Vollstreckungsklausel erteilen und die Zwangsvollstreckung kann sogleich eingeleitet werden.

2. Die Person des Gläubigers, der vollstrecken will, oder des Schuldners, gegen den vollstreckt werden soll, ist im Urteil nicht namentlich bezeichnet. Dann muss es dem betreibenden Gläubiger darum zu tun sein, dass diese Bezeichnung in der Vollstreckungsklausel geschieht.

Hier gibt es wieder mehrere Möglichkeiten:[5]

a) Nach den §§ 727—729 CPO. kann in genau umschriebenen Fällen, falls die Voraussetzungen dazu durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden können, eine vollstreckbare Ausfertigung für und gegen einen im Urteil nicht Bestimmten auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden.

b) Können in diesen genau umschriebenen Fällen die Voraussetzungen zur Umstellung der Vollstreckungsklausel nicht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden, so muss derjenige, der die Vollstreckung einleiten will, Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel in der gewünschten Form erheben (§ 731 CPO.).

c) In allen anderen Fällen muss eine gänzlich neue Klage[6] erhoben werden.

---

5. Nach Gaupp-Stein, Kommentar zur CPO § 750 No. II hat in gewissen Fällen der Gerichtsschreiber selbständig die Aufgabe in die Vollstreckungsklausel die Namen von Personen einzusetzen, welche in dem Urteile nicht namentlich bezeichnet sind. Vgl. unten Anm. 15.

6. Einer solchen steht nicht, wie Binder a. a. O. Bd. I S. 202 meint, die Einrede der Rechtskraft entgegen. Denn die neue Klage betrifft

Fasst man nun den Nachlasspfleger als Vertreter des Erben auf, so kann, wenn es während der Nachlasspflegschaft zum Prozesse kommt, diejenige Prozesspartei, welche der Nachlasspfleger vertritt, im Urteil nicht namentlich bezeichnet werden.

Denn wenn Weissler, ein Anhänger der herrschenden Lehre, ausführt:[7] Es empfehle sich eben mit Rücksicht auf § 750 CPO., falls es sein kann, den Prozess gegen den namentlich zu bezeichnenden Erben, vertreten durch den Nachlasspfleger zu richten, so ist demgegenüber zu sagen: In keinem der Fälle des § 1960 BGB. besteht während der Dauer der Nachlasspflegschaft die Gewissheit, wer Erbe wird. Es kann höchstens eine mehr oder weniger grosse Wahrscheinlichkeit in Frage kommen. Wollte man auf diese Wahrscheinlichkeit hin eine bestimmte Person als Erben benennen, so wäre für den Fall, dass sich nachher doch ein Anderer als Erbe herausstellt, eine Verwirrung zu besorgen. Daher dürfte der Vorschlag Weisslers auch schon pracktisch undurchführbar sein.

Dass die Person des Vertretenen im Urteil nicht genannt werden kann, ist allerdings vom Standpunkte der herrschenden Lehre eine Ausnahme. Denn in den Fällen der gesetzlichen Vertretung ist es regelmässig möglich[8] das Rubrum so abzufassen: A (bestimmter Name) vertreten durch den B (bestimmter Name). Aus diesem Unterschied dürfte sich aber noch kein Angriffspunkt gegen die herrschende Lehre ergeben, besonders da es noch einen anderen Fall der Pflegschaft gibt, wo die Dinge ebenso liegen. Es ist dies der

———

zwar das gleiche Rechtsverhältnis wie das abgeurteilte, verlangt aber nicht den gleichen Rechtsschutz wie den gewährten. Vgl. hierzu Hellwig C. P. S. 171 ff.

7. In seinem Buche „Nachlassverfahren" S. 108. Aehnlich Seuffert, Kommentar zur C. P. O. zu § 728 No. 3.

8. Vgl. Binder a. a. O. Bd. I S. 202.

§ 1913 BGB, wenn unbekannt oder ungewiss ist, wer bei einer Angelegenheit der Beteiligte ist.

Man kann ebenfalls nicht, wie folgt, argumentieren: Wenn ein Urteil während einer gesetzlichen Vertretung ergangen ist, dann ist es ohne weiteres auch für und gegen den Vertretenen vollstreckbar. Folglich ist auch das während der Nachlasspflegschaft erlassene Urteil für und gegen den Erben vollstreckbar;[9] dies steht aber im Widerspruch mit § 750 CPO., da die Person des Erben im Urteil nicht genannt ist.[10]

Bei einer derartigen Schlussfolgerung gibt der Ausgangspunkt zu Bedenken Anlass. Denn dass ein Urteil, welches während einer gesetzlichen Vertretung ergangen ist, für und gegen den Vertretenen vollstreckt werden kann, folgt nicht aus dem Wesen der gesetzlichen Vertretung, sondern ist nur gewöhnlich deshalb der Fall,[11] weil regelmässig der Vertretene im Urteil genannt, also dem Erforderniss des § 750 CPO. genügt ist. Kann aus besonderen Gründen der Vertretene nicht im Urteil genannt werden, dann kann auch mit Rücksicht auf § 750 CPO. für und gegen den Vertretenen nicht vollstreckt werden.[12]

Ausserdem würde, wollte man auf die geschilderte Weise argumentieren, auch das Urteil, welches während der Pflegschaft über einen ungewissen Beteiligten (§ 1913 BGB.) ergeht, ohne weiteres für und gegen diesen vollstreckbar sein müssen, und dies würde ebenfalls im Widerspruch mit § 750 CPO. stehen. Einen Unterschied zwischen der Nachlasspfleg-

9. Diese Folgerung zieht Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 610.

10. Vgl. hierzu Hellwig Anspruch S. 259 Anm. 12.

11. Dieser Ansicht ist auch Binder a. a. O. Bd. I S. 201.

12. In dem umgekehrten Falle, wenn das Urteil für oder gegen eine nicht processfähige Person lautet, tritt nach Gaupp-Stein zu § 750 II an Stelle der Partei für die Vollstreckung der gesetzliche Vertreter, ohne dass es dessen Erwähnung in der Klausel bedarf. Dasselbe gilt nach Gaupp-Stein beim Wechsel in der Vertretung. Vgl. hierzu auch Seuffert, Kommentar zur C. P. O. § 750 No. 2.

schaft und der Pflegschaft nach § 1913 zu machen, wäre aber in diesem Zusammenhange nicht möglich; nämlich deshalb nicht, weil es sich nicht wie unten um Zweckmässigkeitsfragen, sondern um solche prinzipieller Natur handeln würde. Vgl. unten S. 121.

Aus dem Gesagten folgt, dass wenn auf ein Urteil hin, welches während der Nachlasspflegschaft ergangen ist, für oder gegen den Erben vollstreckt werden soll, die Vollstreckungsklausel auf den Namen des Erben abgestellt werden muss.[13]

Weder durch Herbeiführung einer Anordnung des Vorsitzenden, noch durch Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel in veränderter Form kann es bewirkt werden, dass in die Klausel der Name des Erben aufgenommen wird, denn die §§ 727 ff., welche die diesbezüglichen Fälle eng umschreiben — vgl. S. 117 — enthalten keine Bestimmungen hierüber.[14]

Ebenso verhält es sich hinsichtlich der Pflegschaft aus § 1913 BGB.

So muss denn,[15] wenn der Nachlasspfleger Personen-

---

13. Dafür dass nicht ohne weiteres aus einem solchen Urteil vollstreckt werden kann, vgl. Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 259 Anm. 12. Binder a. a. O. S. 202. Anderer Ansicht Strohal a. a. O. S. 320.

14. Vgl. Weissler a. a. O. S. 108. Anderer Ansicht vom Standpunkte der herrschenden Lehre Seuffert Kommentar zur C. P. O. zu § 728 No. 3. Er will den § 728 Abs. 2 analog anwenden und kommt danach zu dem Ergebnis, dass falls das Erbrecht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden kann, eine Anordnung des Vorsitzenden zur Umstellung der Klausel genügt. Vgl. auch Binder a. a. O. Bd. I S. 202. Dass die hier in Frage kommende gesetzliche Bestimmung einer analogen Anwendung fähig ist, meint auch Wach, Handbuch des C. P. S. 529, Anm. 25, jedoch noch bezüglich der alten C. P. O. Dass die alte C. P. O. einen solchen Analogieschluss leichter zuliess als die neue, hebt Binder a. a. O. mit Recht hervor,

15. Gaupp-Stein a. a. O. führt aus, — zu § 727 I — dass der Gerichtsschreiber selbständig die Klausel auf den Namen des Erben stellen könne, wenn das Urteil während der Nachlasspflegschaft ergangen

pfleger und ein Urteil während der Nachlasspflegschaft ergangen ist, eine gänzlich neue Klage erhoben werden — vgl. S. 117 —, damit für oder gegen den Erben vollstreckt werden kann. Auch bei der Pflegschaft aus § 1913 ist eine neue Klage notwendig.

Diese Konsequenz entspricht nun — und damit kommen wir auf unseren Ausgangspunkt zurück — nicht den praktischen Bedürfnissen und vor allem nicht bei der Nachlasspflegschaft. Muss es doch insbesondere als unzweckmässig erscheinen, dass, wenn das Urteil während der Nachlasspflegschaft ergangen ist, die Vollstreckungsklausel für oder gegen den namentlich zu benennenden Erben auf eine andere Weise zu stande kommen soll, als wenn das Urteil für oder gegen den Erblasser lautet (§ 727 CPO.). Allerdings besteht ein Unterschied zwischen diesem und dem uns beschäftigenden Fall insofern, als es sich hier um die Zwangsvollstreckung für oder gegen einen anderen als den im Urteil Erwähnten handelt, während, wenn eine Nachlasspflegschaft stattgefunden hat, und man den Nachlasspfleger als Vertreter des Erben auffasst, nur die nähere Bezeichnung desjenigen übrig bleibt, bezüglich dessen das Urteil schon ergangen ist. Aber eine Aehnlichkeit liegt doch insofern vor, als die Art der hier wie dort vorzunehmenden Ermittlungen die gleiche ist, da in beiden Fällen dieselbe Feststellung getroffen werden muss, nämlich, wer die Erben sind. Diese Aehnlichkeit erscheint gross genug, um den angestellten Vergleich zu rechtfertigen.

---

ist. Vgl. oben Anm. 5. Es kann nun ganz dahin gestellt bleiben, ob dem Gerichtsschreiber eine Befugnis, wie sie ihm Gaupp-Stein zuerkennt, in einfach liegenden Fällen zusteht. Im vorliegenden Fall wird eine derartige Selbständigkeit des Gerichtsschreibers schon deshalb nicht möglich sein, weil die Prüfung, wer Erbe geworden ist, gar häufig zu verwickelt sein wird, und weil insbesondere zuviel rechtliche Gesichtspunkte dabei in Frage kommen, als dass der Gerichtsschreiber diese Prüfung allein vorzunehmen im stande ist.

Es ist an dieser Stelle noch kurz zu begründen, dass die erwähnte Konsequenz wirklich nur diejenige einer Auffassung der Nachlasspflegschaft als Personenpflegschaft ist.

Ist die Nachlasspflegschaft Vermögenspflegschaft, dann ist der Pfleger entweder Organ des mehr oder minder personifizierten Nachlasses oder Verwalter kraft Amtes. Im ersteren Falle ist der Erbe eine Art Rechtsnachfolger dieses Nachlasses und der § 727 findet daher unmittelbar auf ihn Anwendung. Im zweiten Falle wird man den Erben analog[16] einem Rechtsnachfolger[17] zu behandeln und dann den § 727 ebenfalls auf ihn anzuwenden haben.

Die Anwendung der Vorschrift des § 727 ist also in jedem Falle die Folge, wenn man den Nachlasspfleger als Vermögenspfleger auffasst.

Dieser Paragraph bietet das richtige Mittel zwischen allzu grosser Rechtsunsicherheit und allzu grosser Schwerfälligkeit. Die Anwendung dieses Paragraphen bewirkt auch, dass es keinen Unterschied bezüglich der Art der Erteilung der gewünschten Vollstreckungsklausel macht, ob ein Urteil während der Nachlasspflegschaft ergeht, oder ob es gegen den Erblasser ergangen war. Vgl. S. 121.

Von allen unannehmbar scheinenden Konsequenzen scheint endlich die bedenklichste die zu sein, dass der Erbe, wäre der Nachlasspfleger sein Vertreter, für dessen zu Schadensersatz verpflichtende Handlungen persönlich haften würde.[18]

---

16. So weit wird man gehen dürfen, wenn auch im allgemeinen die §§ 727 ff strikt zu interpretieren sind. Vgl. Hellwig, Anspr. S. 259.

17. Vgl. R. G. Bd. 53, No. 3, Gaupp-Stein, Kommentar zur C. P. O. § 727 No. III für den Verwalter kraft Amtes.

18. Vgl. auch Hellwig Anspruch und Klagrecht S. 242 Anm. 25, C. P. O. S. 300 und Titze, Unmöglichkeit der Leistung S. 87. Diesem erscheint die Konsequenz so unannehmbar, dass er lediglich aus diesem Grunde den Nachlasspfleger nicht für einen Personenpfleger hält.

Von anderer Seite wird diese Konsequenz übrigens gezogen, so von Endemann, Einführung in das Studium des BGB Bd. III S. 356, Staudinger-

Dass diese Konsequenz unerwünscht ist, wird auch von einer Seite[19] zugegeben, von der die Nachlasspflegschaft als Personenpflegschaft aufgefasst wird.

Diese Konsequenz erscheint aber unausweichlich.[20] Eine besondere Bestimmung wie die des § 224 No. 5 KO. bezüglich der von dem Nachlasspfleger eingegangenen Verbindlichkeiten fehlt hinsichtlich der zu Schadensersatz verpflichtenden Handlungen. Eine Analogie lässt sich auch nicht ohne weiteres ziehen.[21]

Infolgedessen ist man darauf angewiesen, auf die Stellung des Nachlasspflegers zurückzugehen. Nun wurde oben ausgeführt, dass der Nachlasspfleger, als Personenpfleger aufgefasst, Vertreter des Erben in seiner gewöhnlichen Rechtsstellung, nicht des „Erben als solchen" ist. Danach würde der Erbe nach § 278 BGB. für die Handlungen des Pflegers ebenso haften wie für seine eigenen. Für diese haftet er aber persönlich[22] und nicht als „Erbe als solcher". Folglich würde

---

Herzfelder, Komm. zu § 1960 No. 4 b, Planck-Ritgen, Komm. zu § 1978 No. 3.

19. Vgl. Strohal a. a. O. S. 322, 323. Die dort angeführten Gründe, insbesondere den Hinweis auf den Fiscus, halten wir für vollkommen stichhaltig.

20. Vgl. hierzu Schollmeyer, Komm. zum Recht der Schuldverhältnisse zu § 278, 1a.

21. Wäre dies möglich, so wäre nicht einzusehen, weshalb sich Strohal a. a. O. S. 323 die Mühe nimmt, nachzuweisen, warum die zu Schadensersatz verpflichtenden Handlungen Nachlassverbindlichkeiten erzeugen.

22. Dies ist herrschende Ansicht. Vgl. z. B. Strohal a. a. O. S. 322, Anm. 30 und Binder a. a. O. Bd. II, S. 47. Ob daneben noch der Nachlass haftet, wie dies Strohal will, oder nicht, kann hier nicht erheblich sein.

Die herrschende Ansicht lässt sich zunächst durch das oben aufgestellte Prinzip beweisen, dem zufolge der Erbe überhaupt nur „Erbe als solcher" ist, wenn und soweit das Interesse Anderer es verlangt. Denn wenn der Erbe zu Schadensersatz verpflichtende Handlungen vornimmt, so fördert er damit nicht derartige Interessen, sondern schädigt

er auch für die Handlungen des Nachlasspflegers persönlich haften.[23]

Fassen wir[24] das Gesagte zusammen, so glauben wir den oben S. 35 geforderten Beweis geführt zu haben.

---

sie vielmehr regelmässig. Hierzu tritt noch folgende spezielle Erwägung. Die zu Schadensersatz verpflichtenden Handlungen sind zu trennen in solche, welche Dritten, insbesondere dem einzelnen Gläubiger gegenüber begangen werden, und solche, welche dadurch begangen werden, dass der Erbe den Nachlass nachlässig verwaltet und so den Gläubigern in ihre Gesamtheit gegenüber, falls es zur Nachlassverwaltung oder zum Nachlasskonkurs kommt, ersatzpflichtig wird (§ 1978, Abs. 1 BGB.). Mindestens in dem letzteren Falle müssen die Handlungen des Erben diesen unzweifelhaft persönlich verpflichten. Denn sonst käme man zu dem Ergebnis, dass, weil die Ansprüche der Gläubiger nach § 1978 Abs. 2 als zum Nachlass gehörend gelten, dieselbe Forderung eine Nachlassforderung und, weil sie den „Erben als solchen" treffen würde, gleichzeitig eine Nachlassverbindlichkeit wäre.

23. Anderer Ansicht Strohal a. a. O. S. 323, u. E. aber eben mit Unrecht. Strohal unterscheidet übrigens auch nicht zwischen den beiden Arten von zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen. Wenn man aber — wie Strohal — prinzipiell den „Erben als solchen" für den Nachlasspfleger haften lassen will, so ist eine derartige Unterscheidung unbedingt notwendig.

Dass Strohal übrigens bei der Entwicklung seiner Ansicht gerade auch an den Fall gedacht hat, dass den Erben durch Verschulden des Pflegers eine Verantwortlichkeit aus § 1978 Abs. 1 trifft, geht daraus hervor, dass er als von der seinigen abweichende Anschauung diejenige Planck's citiert und dass dieser jedenfalls an einer der angegebenen Stellen von der Verantwortlichkeit aus § 1978 spricht (Strohal a. a. O. S. 322 Anm. 28. Planck-Ritgen zu § 1978 No. 3).

24. Wenn Adamkiewicz (S. 212) anführt, die Nachlasspflegschaft als Personenpflegschaft stimme damit nicht überein, dass in den von Deutschland mit dem Auslande abgeschlossenen Verträgen der vom Konsul eingesetzte Verwalter des Nachlasses im Namen des Konsuls handle, so ist dazu zu sagen: Ganz abgesehen davon, dass es sich hier nicht um eine eigentliche Nachlasspflegschaft handelt und also höchstens eine Vorform in Frage kommt, bestimmt jetzt neuerdings der zwischen Deutschland und Brasilien (R. G. Bl. 99 S. 551) abgeschlossene

Danach lässt sich als Ergebniss feststellen: *Die Nachlasspflegschaft ist eine Vermögens- keine Personenpflegschaft.*

Vertrag Art. 4 gerade das Gegenteil. Die Beweiskraft der anderen wird dadurch kompensiert.

Dritter Hauptteil.

Welche nähere Form der Vermögenspflegschaft ist die Nachlasspflegschaft?

§ 42.

Nachdem festgestellt ist, dass die Nachlasspflegschaft als eine Vermögens- und keine Personenpflegschaft aufgefasst werden muss, soll untersucht werden, wie sie als Vermögenspflegschaft näher zu konstruieren ist.

Wie schon im § 8 kurz bemerkt wurde, gibt es zwei Möglichkeiten. Entweder man personifiziert den Nachlass mehr oder minder und betrachtet den Pfleger als sein Organ, oder aber man fasst den Nachlasspfleger als einen Verwalter kraft Amtes[1] auf.

Zuvor mag noch etwas betont werden. Das im Folgenden

---

1. Gewöhnlich spricht man von einer „Partei kraft Amtes." So Gaupp-Stein a. a. O. Vorbemerkung vor § 50 I c. Dieser Ausdruck erscheint jedoch als zu eng, da er nur die prozessuale Stellung der Verwalter bezeichnet, während für die verfolgten Zwecke ein ihre gesamte rechtliche Stellung umfassender Ausdruck erforderlich ist.

Die Bezeichnung „Verwalter kraft Amtes" ist allerdings deshalb nicht unbedenklich, weil man auch andere als die hierher gehörigen Personen z. B. den Vormund einen „Verwalter kraft Amtes" nennen kann. Immerhin unterscheiden sich die hier unter dem Begriff „Verwalter kraft Amtes" zusammengefassten Personen von jenen anderen und insbesondere vom Vormund dadurch, dass bei den ersteren die Eigenschaft als Verwalter unmittelbar auf dem Amt beruht, während sie z. B. bei dem Vormund unmittelbar auf seine Stellung zum Mündel und erst mittelbar auf sein Amt zurückgeht.

Gesagte gilt nicht ohne weiteres von allen Vermögenspflegschaften. Es ist nämlich durchaus nicht ohne weiteres sicher, und zwar wird das Gegenteil aus dem Folgenden hervorgehen, dass alle Arten von Vermögenspflegschaften vollständig gleich zu behandeln sind.[2] Es wird sich vielmehr im Folgenden sogar zeigen, dass sich die Gruppe, der die Nachlasspflegschaft ihrer Konstruktion nach angehört[3] und die Vermögenspflegschaften wie zwei sich schneidende Kreise verhalten.[4]

Erster Abschnitt.

Die hier in Frage kommende nähere Form ist jedenfalls eine privatrechtliche.

§ 43.

Man hat von der Vormundschaft behauptet, dass sie öffentlichen Rechts sei.[1] Wäre dies richtig, so würde das auch mittelbar für die Nachlasspflegschaft gelten. Die Frage, wie es sich damit verhält, muss als Grundlage für die folgende Erörterung der näheren Konstruktion der Nachlasspflegschaft beantwortet werden. Denn je nachdem die Nachlasspflegschaft ins öffentliche oder private Recht gehört, sind

---

2. Soweit dies dennoch der Fall ist, wie z. B. im folgenden Paragraphen, geht es aus der Darstellung hervor.

3. Gemeint sind die „selbständigen Sondervermögen“ im Sinne Hellwigs.

4. Eine Vermögenspflegschaft, die zu einer anderen Gruppe gehört, ist die Güterpflege nach der Strafprozessordnung. Ein selbständiges Sondervermögen, ohne dass es sich um eine Vermögenspflegschaft handelt, ist die Konkursmasse. Vgl. unten § 61.

1. Vgl. Cosack a. a. O. Bd. II S. 604.

die teilweise sehr verschiedenen Grundsätze des betreffenden Rechtsgebiets für die folgende Untersuchung massgebend.[2]

Das Privatrecht regelt die Grenzen der Willensmacht der Einzelnen gegen einander. Es hat es mit lauter gleichstehenden Individuen zu tun.[3]

Das öffentliche Recht — an dieser Stelle käme das Verwaltungsrecht in Frage — behandelt die rechtlich bedingten Erscheinungen der öffentlichen Gewalt.[4] Hier steht der Staat als Gewaltträger den ihm untergeordneten Einzelnen ungleichartig gegenüber.

So allgemein anerkannt und durchsichtig das Gesagte im Prinzip nun auch ist, so schwer ist es doch, eine scharfe Grenze im einzelnen zu ziehen. Wie häufig in der Rechtswissenschaft wird es, da sie keine exakte Wissenschaft ist, auch hier nicht möglich sein, eine wirklich präzise Formel zu finden. Man wird daher nur dann ein Prinzip über die Grenze aufstellen können, wenn man die Merkmale dafür, ob es sich um öffentliches oder privates Recht handelt, ihrerseits wieder nicht allzu scharf umschreibt, sondern ihnen einen gewissermassen flüssigeren, dehnbareren Charakter gibt. Von allen Versuchen, die Grenze zu ziehen, erscheint derjenige Otto Mayers am meisten diesem Erfordernis entsprechend und daher am gelungensten.

Otto Mayer weist es u. E. mit vollem Recht zurück,[5] dass man dem Vermögen insofern eine entscheidende Bedeutung

---

2. So könnte es bedenklich erscheinen, ob die auf S. 176 ff., insbesondere auf S. 178, zur Begründung des speziellen Prinzips — S. 176 — angestellten Erwägungen auch für öffentlich rechtliche Verhältnisse zutreffen würden.

3. Vgl. hierzu Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht S. 135. Vgl. auch Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 8.

4. Otto Mayer a. a. O. Vgl. hierzu auch Pfeiffer, Die Lehre von den Juristischen Personen nach gemeinem und württembergischem Recht S. 5.

5. a. a. O. S. 138.

beilegt, als man, je nachdem es sich um Vermögensangelegenheiten handelt oder nicht, Privatrecht oder öffentliches Recht für vorliegend erachtet; denn wenn auch das Vermögensrecht weit überwiegend Privatrecht ist, so kann es doch teilweise ins öffentliche Recht gehören.[6]

Die Lösung der ganzen Frage ist vielmehr lediglich aus dem positiven Recht zu gewinnen. So sagt richtig Otto Mayer.[7] Es ist ja keineswegs so, dass einerseits für das öffentliche und private Recht nur die erwähnten abstrakten Definitionen gegeben sind, und dass andererseits nur jeweils eine einzige konkrete Tatsache vorliegt, die man zu rubrizieren hätte. Vielmehr steht man in beiderlei Hinsicht stets vor der ganzen Kette der juristischen Erscheinungen. Einerseits weiss man, auch abgesehen von der allgemeinen Definition, wie es in jedem der beiden Rechtsgebiete im einzelnen zugeht,[8] andererseits kennt man auch die sonstigen Tatsachen, mit welchen die betreffende konkrete im Zusammenhang steht.[9] Hiermit muss man sich bei dem augenblicklichen Stand der Wissenschaft begnügen, und danach[10] wird es im einzelnen nicht allzu schwer fallen, Gleiches mit Gleichartigem zusammenzustellen.

Dies voraufgeschickt, ist folgendermassen für die Nachlasspflegschaft zu unterscheiden.[11]

---

6. So gehören wohl die Gehaltsverhältnisse der Beamten, weil untrennbar mit dem Beamtenverhältnis verbunden, ins öffentliche Recht.

7. a. a. O. S. 139/140.

8. Otto Mayer a. a. O. S. 140.

9. Vgl. hierzu auch Jellinek a. a. O. S. 62.

10. Es kommt also auch nicht etwa darauf an, ob öffentliche Interessen oder solche von Privaten für das Rechtsinstitut massgebend sind. Ein Rechtsinstitut mit öffentlich rechtlichem Charakter kann privaten, ein solches mit privatrechtlichem Charakter öffentlichen Interessen zu dienen bestimmt sein. Dies sei hier hervorgehoben, um zu zeigen, dass das im Text Gesagte nicht im Widerspruch zu dem S. 28 Erwähnten steht.

11. Vgl. Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. IV S. 314.

Erstens: Der Pfleger hat ein ihm vom Staate übergebenes Amt (publizistische Seite). Es kommt nur im öffentlichen Recht vor, dass der Staat jemanden mit einer Aufgabe betraut, wie das staatliche Nachlassgericht den Nachlasspfleger. Wird doch hier jemand vom Staat zur Fürsorge für eine Angelegenheit bestellt, die ihn — privatrechtlich betrachtet — nichts angeht. Es erklärt sich lediglich aus der Gewalt des Staates, dass er auch den Widerstrebenden zur Uebernahme der Nachlasspflegschaft zwingen kann, dass er ihn während seiner ganzen Amtsdauer beaufsichtigt und in seine Amtsführung durch Anordnungen, deren Ausführung er durch Ordnungsstrafen erzwingt, eingreift.[12]

Zweitens: Der Pfleger steht in Beziehung zum Gegenstand seiner Fürsorge (zivilistische Seite).

Wie die Beziehung des Pflegers zum Gegenstand seiner Fürsorge aufzufassen ist, ob sie ebenfalls von einem publizistischen Gesichtspunkt bestimmt wird oder nicht, ist nach dem oben Festgestellten zu beurteilen. Die Beziehung ist danach nur dann keine zivilistische, sondern eine publizistische, wenn überhaupt alle Beziehungen dieser Art nicht zivilistisch sind, in keinem Zusammenhang mit dem sonstigen Zivilrechtssystem, sondern lediglich mit dem des öffentlichen Rechts stehen.

Das ist nun nicht der Fall, wie man die Nachlasspflegschaft auch auffassen mag. Die Stellung des Nachlasspflegers ist zunächst unter allen Umständen so aufzufassen, dass er ein besonderes subjektives Recht zur Verwaltung des Nachlasses besitzt, welches ihm durch seine Bestellung vom Staat übertragen wird. Dieses Recht kann seinem Charakter nach nur ein zivilistisches sein.

Betrachtet man den Pfleger als Organ des mehr oder minder personifizierten Nachlasses, so bedarf dies keiner

12. Es kommt hinzu, dass der Nachlasspfleger sein Amt regelmässig umsonst ausüben muss. Vgl. Weissler a. a. O. S. 110.

weiteren Ausführungen. Aber auch, wenn man den Nachlasspfleger als einen Verwalter kraft Amtes auffasst, verhält es sich nicht anders. Der Ausdruck „Verwalter kraft Amtes" weist an sich lediglich darauf hin, auf welche Weise der Verwalter zu seiner Stellung und damit zu seinem Recht gekommen ist,[13] und präjudiziert der Auffassung dieses Rechts in keiner Weise.

Dass auch die Verwalter kraft Amtes ins Privatrecht gehören, geht zunächst schon daraus hervor, dass das Privatrecht noch eine Reihe ihnen gleichgearteter Verwalter kennt. Dahin zählt der Ehemann, welcher beim gesetzlichen Güterstande das eingebrachte Gut seiner Ehefrau verwaltet.[14] Den Verwaltern kraft Amtes und den ihnen gleichgearteten Verwaltern — man kann sie alle unter einem Namen als die „selbständigen Verwalter" bezeichnen — ist gemeinsam, dass sie, ohne Vertreter zu sein, ein subjektives Recht zur Verwaltung eines fremden Vermögens, ein absolutes Recht sui generis haben.[15] Nur der Unterschied ist vorhanden, dass die Verwalter kraft Amtes nicht wie die anderen selbständigen Verwalter ihr Recht auf Grund eines zivilrechtlichen Verhältnisses erlangt haben, sondern durch einen öffentlich rechtlichen Akt des Staates.

Aber selbst wenn sich keine derartige Gruppe von selbständigen Verwaltern im Privatrecht vorfände, wäre die erwähnte Stellung des Verwalters kraft Amtes eine zivilistische. Sie wäre dann allerdings eine Besonderheit. Aber solche können grade so gut im Privatrecht wie im öffentlichen

---

13. Vgl. § 42 Anm. 1.

14. So führt Gaupp-Stein a. a. O. Vorbemerkung vor § 50 I mehrere Gruppen von solchen Personen an, welche, obgleich nicht die Subjekte eines Rechts, doch bezüglich seiner Parteistellung haben. Zur ersten Gruppe zählt er den Ehemann, zur letzteren die Verwalter kraft Amtes. Vgl. auch Kiehl, Eintritt in den Prozess, Zeitschr. f. C. P. Bd. 30 S. 294.

15. Vgl. Hellwig, C. P. S. 324.

Recht vorkommen. Der Staat als Träger der höchsten Willensmacht[16] kann ebenso gut wie im öffentlichen Recht auch im Privatrecht ein Institut nach besonderen Grundsätzen ordnen. Jede andere Auffassung dürfte eine petitio principii enthalten.

Im Zusammenhang mit dem übrigen Privatrecht würden die Verwalter kraft Amtes doch um deswillen stehen, weil es sich um die Verwaltung eines Vermögens an Stelle des dazu nicht fähigen oder gar nicht vorhandenen Eigentümers, d. h. um die Verwaltung eines Vermögens nach den gewöhnlichen wirtschaftlichen Grundsätzen, den Grundsätzen des bürgerlichen Verkehrs handeln würde. Eine derartige Verwaltung ist aber eine solche, mit welcher sich das Privatrecht ständig in den verschiedensten Formen beschäftigt, ja, sie ist eine seiner hervorragendsten Gegenstände.

In jedem Fall ist also die oben aufgestellte Behauptung, die Beziehung zwischen dem Nachlasspfleger als Verwalter kraft Amtes und dem Objekt seiner Fürsorge resp. Verwaltung sei ein gleichartiger Gegenstand, wie er sonst im Zivilrecht behandelt werde und gehöre daher in dasselbe,[17] als erwiesen zu betrachten.

Von den beiden Seiten, welche hier bei der Nachlasspflegschaft unterschieden worden sind, interessiert im Folgenden lediglich die Beziehung des Pflegers zum Gegenstand seiner Fürsorge.

---

16. Vgl. dazu Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. I S. 472.

17. Von den verschiedenen Arten, den Nachlass zu behandeln, welche sich oben in der historischen Uebersicht zusammengestellt finden, gehören nur diejenigen ins öffentliche Recht, die darin bestehen, dass der Staat den Nachlass in amtliche „Verwahrung nimmt. Vgl. oben S. 43.

Zweiter Abschnitt.

Die Nachlasspflegschaft ist eine Pflegschaft über ein selbständiges Sondervermögen.

I. Kapitel.

Ueber die Vertretereigenschaft des Nachlasspflegers.

§ 44.

Nachdem die Hauptuntersuchung so vorbereitet ist, handelt es sich darum zu ermitteln, ob der Nachlasspfleger als Organ des Nachlasses zu betrachten ist oder als ein Verwalter kraft Amtes.

Es ist oben festgestellt worden, dass bei jeder Vermögenspflegschaft der Pfleger nicht ohne weiteres Vertreter zu sein braucht, sondern dass auch eine andere Auffassung möglich ist.[1]

Wir haben aber gleichfalls ganz allgemein gesehen, dass es im Zweifel anzunehmen ist, dass der Pfleger Vertreter sei.

Hierzu kommt bei der Nachlasspflegschaft noch hinzu, dass der § 207 BGB. von „Vertreter" spricht, und dass hierunter nach Lage der Dinge auch der Nachlasspfleger zu verstehen ist. Allerdings wäre es möglich, die für den Vertreter geltende Bestimmung des § 207 analog auf den Nachlasspfleger anzuwenden; jedoch ist dies wohl im Zweifel nicht anzunehmen.

Da der Nachlasspfleger Vermögenspfleger ist, so kann er, soll er Vertreter sein, nur den Nachlass vertreten. Ein Vermögen kann aber nur dann vertreten werden, wenn es mehr oder minder personifiziert wird. Dass nach dem Vorhergehenden der Nachlasspfleger im Zweifel Vertreter ist, muss

1. Vgl. § 8.

folglich ein erster und wichtiger Grund dafür sein, dass der Nachlass personifiziert werden kann.

II. Kapitel.

Eigentliche Beweisführung.

A. Hellwigs Theorie.

§ 45.

Wenn weiter untersucht werden muss, ob und inwieweit es möglich ist, den Nachlass zu personifizieren, so ist hier zunächst von der Grundauffassung Hellwigs in bezug auf alle diese Fälle zu reden.[1]

Als Sondervermögen kann — nach Hellwig — jeder Teil eines Vermögens bezeichnet werden, der als eine Einheit (universitas juris) zusammengefasst wird und deshalb in gewissen einzelnen Beziehungen einer besonderen rechtlichen Behandlung unterliegt.[2]

Als „selbständige Sondervermögen" bezeichnet Hellwig[3] nur diejenigen Vermögensmassen, deren Verwaltung ihrem Subjekte entzogen und einem Verwalter übertragen ist, der die Verwaltungshandlungen im Namen der Vermögensmasse vorzunehmen hat. Die seperatio — wie nachher die Trennung auch ausdrücklich genannt wird — ist also nach Hellwig das massgebende Kriterium.

Diese Sondervermögen „sind" nun nach Hellwig zwar „keine juristischen Personen", „werden aber solange gleich

---

1. Vgl. Hellwig, Anspruch S. 220 ff; Prozessführungsrecht S. 7; Rechtskraft S. 61/62; C. P. S. 295 ff.

2. S. 295.

3. a. a. O.

einer solchen behandelt, als die Trennung des Sondervermögens von dem freien Vermögen dauert."

Das selbständige Sondervermögen[4] wird danach dem Subjekt gegenüber „so behandelt, als gehöre es einer anderen Person."

Diese selbständigen Sondervermögen teilen sich nach Hellwig in zwei Hauptgruppen: selbständige Sondervermögen von Einzelpersonen und von Personenverbänden. Zu der ersten Gruppe rechnet er vor allem die Konkursmasse und den Nachlass, zu der zweiten das Vermögen des nichtrechtsfähigen Vereins und das Handelsgeschäft der offenen Handelsgesellschaft.

Danach ist also der Nachlass ein selbständiges Sondervermögen und der juristischen Person gleich zu behandeln, solange die Trennung des Sondervermögens vom freien Vermögen dauert. Der Pfleger handelt im Namen des Nachlasses, er hat ihm gegenüber eine Art Organstellung und ist gleich einem gesetzlichen Vertreter, analog § 26 BGB., zu behandeln. Die Schwierigkeit wäre damit gelöst.

B. Die Lehre von den Quasipersonen, behandelt durch die Gegenüberstellung mit den wirklichen Personen.

1) Der Begriff der Quasipersonen, die Art ihn zu entwickeln.

§ 46.

Unter Sondervermögen verstehen wir zunächst dasselbe wie Hellwig,[1] wir halten alle von ihm als solche angeführten Vermögen ebenfalls für Sondervermögen.

---

4. S. 308.

1. Die Definition, die Gierke in seinem Genossenschaftsrecht Bd. II S. 65 von dem Sondervermögen gibt, weicht von der Hellwigs nicht wesentlich ab.

Auch darin stimmen wir, wie wir ebenfalls voranstellen wollen, mit Hellwig überein, dass es überhaupt „selbständige Sondervermögen" gibt, die den juristischen Personen gleich zu behandeln sind und deren Verwalter die Stellung von Organen haben.

Wir nehmen den so bestimmten Begriff als einen technischen in dieser Bedeutung. Aber darin weichen wir von Hellwig ab, dass wir das Kriterium dafür, ob ein Sondervermögen zu dieser Gruppe gehört, in einem andern Umstand suchen als er.

Die Begründung, warum es selbständige Sondervermögen im erwähnten Sinne gibt und worin das Kriterium zu suchen ist, ist bei der grundlegenden Bedeutung der Frage für die Konstruktion der Nachlasspflegschaft der eigentliche Gegenstand des vorliegenden dritten Hauptteils.

§ 47.

Es gibt u. E. nicht nur Sondervermögen, die einer Person gleich zu behandeln sind, sondern noch eine Anzahl anderer Gebilde,[1] bei denen dies der Fall ist.

Die selbständigen Sondervermögen sind u. E. nur eine Teilgruppe einer grösseren. Der Satz, dass sie ebenso wie Personen zu behandeln sind, ist nur eine Anwendung eines Prinzips. Diejenigen Gebilde, welche in mehr oder weniger Beziehungen gleich wie Personen zu behandeln sind, ohne Personen zu sein, nennen wir Quasipersonen. Der Ausdruck erscheint der angemessenste nach Analogie von den in der deutschen gemeinrechtlichen Wissenschaft allgemein gebrauchten Ausdrücken „Quasidelikte" und „Quasikontrakte",

---

1. Ueber den Ausdruck „Gebilde" vgl. unten § 51 Anm. 1. Vgl. ausserdem unten § 56 Anm. 6.

welche ebenfalls zwar keine Delikte und keine Kontrakte sind, aber doch teilweise wie solche behandelt werden.[2]

Die selbständigen Sondervermögen sind nur zusammen mit den Quasipersonen überhaupt als eine ihrer Teilgruppen zu erörtern. Dies ergibt sich aus der dargelegten Auffassung.

§ 48.

Wenn die Quasipersonen zwar nicht Personen sind, diesen aber mehr oder weniger gleich behandelt werden, so müssen beide Gruppen — Personen und Quasipersonen — sich einerseits ihrem Wesen nach unterscheiden, andererseits müssen sie, wenn sich eine derartige gleiche Behandlung rechtfertigen soll, etwas Gemeinsames haben.[1] Geht man hiervon aus, so erscheint es für die Lehre von den Quasipersonen von Bedeutung zu sein, welchen Standpunkt man hinsichtlich der Lehre von den eigentlichen Personen einnimmt.

Dies ist jedoch nur bis zu einem gewissen Grade der Fall. Es ist fast völlig gleichgiltig, wie man die Personen auffasst. Denn insoweit als die Lehre von den Quasipersonen, wie sie hier gestaltet ist, Anforderungen an die Auffassung der Personen stellt, ist der einzunehmende Standpunkt entweder im Gesetz festgelegt, oder er wird mehr oder minder von allen gleichmässig eingenommen. Diese Tatsache ist, da die Lehre von den Personen zu den bestrittensten der Rechtswissenschaft gehört, von grosser Bedeutung.

---

2. Vgl. Sohm, Institutionen S. 358, 388, 402. Das „Quasi" in ähnlicher Zusammensetzung und gleicher Bedeutung findet sich auch sonst vielfach in der Literatur, z. B. bei Binder, Rechtsstellung des Erben Bd. II S. 36 u. bei Frank, Komm. zu StGB. § 147. Binder spricht von „quasidinglichem Charakter", Frank von „Quasimünzfälschung".

1. Hierauf wird unten im § 56 eingegangen werden.

2. Kurze Uebersicht über die Personenlehre.

§ 49.

Das geltende deutsche Privatrecht kennt drei Personenarten: Mensch, Körperschaft und Stiftung, und zwar kennt es lediglich diese drei Arten. Dies geht daraus hervor, dass im ersten Abschnitt des ersten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur die genannten Personenarten Erwähnung gefunden haben.[1] Körperschaft und Stiftung werden vom Gesetz als „juristische Personen" im Gegensatz zu den „natürlichen", den Menschen, bezeichnet.[2]

Ausser den juristischen Personen, welche unmittelbar für das Privatrecht geschaffen sind, kommen mittelbar für dasselbe diejenigen juristischen Personen in Betracht, welche ursprünglich bestimmt sind, im öffentlichen Recht eine Rolle zu spielen. Es sind dies ausser gewissen öffentlich rechtlichen Körperschaften wie Staat und Gemeinde hauptsächlich die Anstalten, von welchen meistens angenommen wird, dass sie mit den Stiftungen gleichen Charakter haben,[3] was hier ganz dahingestellt bleiben kann.

1. Dass es im geltenden deutschen Recht keine anderen privatrechtlichen Personenarten als die genannten gibt, ist fast allgemein anerkannt. Anderer Ansicht ist Kohler, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. I S. 354 ff.; denn die von ihm — vgl. hierüber unten § 52 zu Anm. 14 — aufgestellten „stillschweigenden (konstruktiven) juristischen Personen" sind Personen, welche weder Menschen noch Körperschaften noch Stiftungen sind.

2. Der Ausdruck „juristische Person" findet sich im BGB. nicht nur als — unverbindliche — Ueberschrift zum 2. Titel des cit. Abschnitts von den Personen sondern auch im Gesetzestext selbst. Vgl. z. B. §§ 2101, 2105 f. Die Bezeichnung „juristische Person" ist in der Literatur vielfach als ungeeignet betrachtet worden. Vgl. Gierke, Deutsch. Privatr. S. 470 u. Regelsberger, Pand. S. 288.

3. Vgl. z. B. Gierke a. a. O. S. 645 u. Hafter, Die Deliktsfähigkeit der Personenverbände S. 70.

Eine Person ist ein Wesen,[4] welches Rechte und Pflichten haben kann. Wie sich diese Möglichkeit bei den juristischen Personen erklären lässt, ist ganz besonders bestritten.[5] Ge-

4. Die Personen sind „Wesen"; über den Begriff „Gebilde" vgl. unten § 51 Anm. 1; vgl. auch Kohler, Lehrb. d. b. R. Bd. I S. 265.

5. Die hauptsächlichsten Theorien über die juristischen Personen seien hier zusammengestellt:

I. Theorien, welche Körperschaften und Stiftungen gleich erklären, a) Die Fiktionstheorie betont, dass die Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben, den juristischen Personen nicht von Natur innewohne, sondern ihnen durch eine Fiktion beigelegt werde. Als Anhänger der Fiktionstheorie sind zu nennen: Savigny, System Bd. II S. 219; Rösler in Goldschmidts Zeitschrift Bd. IV S. 282 f.; Unger, Zur Lehre von den juristischen Personen in der kritischen Ueberschau Bd. VI S. 158; Bierling, Juristische Grundbegriffe S. 84/85. Im einzelnen sind diese uneins, was personifiziert werden soll. Vgl. hierüber Regelsberger a. a. O. S. 293. b) Die organische Theorie — vertreten insbesondere von Gierke, Genossenschaftsrecht, Genossenschaftstheorie, Deutsch. Privatr., Das Wesen der Verbände (Rektoratsrede), Regelsberger a. a. O. S. 293, Preuss in Schmollers Jahrb. Bd. 26 S. 557 — meint, dass alle juristischen Personen Menschenverbände seien, welche von Natur Persönlichkeit besitzen. c) Die Zweckvermögenstheorie fasst die juristischen Personen als Zweckvermögen auf. Ihr Schöpfer ist Brinz, Lehrb. d. Pand. Bd. I § 61. Vgl. auch Demelius, Ueber fingierte Persönlichkeit J. J. Bd. IV S. 126; Becker, Zur Lehre vom Rechtssubjekt J. J. Bd. 12 S. 1 ff., besonders S. 103 ff. d) Rümelin, Methodisches zur Lehre von den juristischen Personen S. 42 hält es für genügend, wenn die juristische Person einen Beziehungspunkt darstellt. e) Ihering, Geist d. röm. R. Bd. III S. 366 hält diejenigen, die den Nutzen des Vermögens einer juristischen Person haben, für die wahren Subjekte. f) Als Vertreter einer realen wenn auch nicht organischen Theorie seien ferner Dernburg, Pand. Bd. I § 59 und Lasson, Prinzip und Zukunft des Völkerrechts S. 129 genannt. Für Dernburg ist die juristische Person eine Vorstellung, für Lasson ein gemeinnütziger und kontinuierlicher Zweck. g) Nach Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht S. 19, 22, ist eine Vielheit Rechtsträger, bei der Korporation die Mitglieder, bei der Stiftung die Genussdestinatäre. Diese Vielheit soll jedoch als Einheit behandelt werden, und so kommt Meurer wieder zur Fiktionslehre. h) Leonhard, Allgemeiner Teil des BGB. S. 103, endlich hält die juristische Person für eine Zweckverwaltung.

mäss dem im § 48 Gesagten braucht nicht weiter darauf eingegangen zu werden. Es ist auch hier fast völlig gleichgiltig, zu welcher der unten — Anm. 5 — angeführten Theorieen man sich bekennen mag. Denn fast überall werden juristische Personen und damit Personen überhaupt von Nichtpersonen in einer Weise getrennt,[6] dass sich Personen und Quasipersonen unterscheiden, wie es oben[7] für erforderlich erklärt wurde.

Dies gilt auch insbesondere hinsichtlich der meisten[8] Anhänger der Fiktionstheorie. Man könnte dies deswegen bezweifeln, weil, wie später auszuführen sein wird,[9] das gesetzestechnische Mittel der Fiktion nichts anderes bedeutet als die Anordnung einer gleichen Behandlung trotz Wesensungleichheit, und weil in diesem Sinne die Quasipersonen, welche, ohne Personen zu sein, wie solche behandelt werden, auch fingierte Personen sind. Aber zwischen derartigen fin-

---

II. Theorien, welche zwischen Körperschaften und Stiftungen unterscheiden. a) Hinsichtlich der Körperschaften weichen nicht allzuweit von der organischen Theorie ab: Zitelmann a. a. O. S. 77 ff; Stobbe, Deutsch. Privatr. Bd. I S. 449; Hafter a. a. O. S. 43 ff. b) Die Persönlichkeit der Stiftung beruht nach Kohler, Recht der Stiftungen Archiv f. b. R. Bd. III S. 237 auf der Eigenschaft der Stiftung als Organismus der allgemeinen Rechtsvernunft. Bolze, Begriff der juristischen Personen S. 193 erklärt die Stiftung durch die Aufrechterhaltung der Zwecksetzung durch die Rechtsordnung des Staates. Für die Annahme eines Zweckvermögens spricht sich Hafter a. a. O. S. 70 aus. Zitelmann a. a. O. S. 76 und Stobbe a. a. O. S. 597 halten den Willen des Stifters für das Subjekt der Stiftung.

6. Dass zwischen Personen und Nichtpersonen ein qualitativer Unterschied ist, betont Laband in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 30 S. 482.

7. Vgl. § 48.

8. Eine Ausnahme macht z. B. Meurer a. a. O. S. 72 ff. Nach ihm kann die Fiktion mehr oder weniger weit gehen, sodass es Gebilde geben kann, welche nur zum Teil Personen sind. Vgl. unten S. 144 f.

9. Vgl. § 53 zu Anm. 6.

gierten Personen und den vom Standpunkte der Fiktionstheorie aufgefassten juristischen Personen besteht doch ein wesentlicher Unterschied.

Es gibt Fiktionen des Rechts und Fiktionen der Rechtswissenschaft.[10] Das Recht macht Fiktionen, um zu bestimmen, dass eine Erscheinung in Anlehnung an eine andere geregelt sein soll. Die Fiktion der Rechtswissenschaft ist ein Bild, nicht eine Bestimmung, sondern eine Erklärung, das Ergebnis wissenschaftlicher Abstraktion.[11] Eine Fiktion der ersteren Art kommt in Frage, soweit die Quasipersonen fingierte Personen sind, eine Fiktion der letzteren Art spielt bei der sich auf die juristischen Personen beziehenden Fiktionstheorie eine Rolle.[12]

§ 50.

Was die Analyse der einzelnen Personenarten des Privatrechts betrifft, so finden sich bei jeder der drei Arten Faktoren, welche die betreffende Personenart in den Stand setzen, eine solche Stellung einzunehmen, wie das Recht ihr zuweist. Es besteht dann ferner für jede der drei Personenarten ein Rechtssatz, welcher beim Vorhandensein der betreffenden Faktoren, sei es stets, sei es unter Umständen, anerkennt, dass es sich um eine Person handelt.

Eine natürliche Person im Sinne unseres Gesetzes setzt das Vorhandensein eines Menschen voraus, dessen Geburt vollendet ist (§ 1 BGB.). Bei einem solchen erkennt das geltende deutsche Recht stets an, dass er eine Person ist. Anders war es früher, und ist es noch heute, soweit es Sklaven oder einen bürgerlichen Tod gab resp. gibt.

10. Vgl. hierzu Unger in der kritischen Ueberschau Bd. IV S. 166. Anderer Ansicht Demelius J. J. Bd. IV S. 114.

11. Vgl. Unger a. a. O. S. 167 f.

12. Vgl. Unger a. a. O. S. 168 ff.

Zum Bestehen einer Körperschaft ist das Dasein einer Personenvereinigung (vgl. z. B. § 32 BGB. „Versammlung der Mitglieder"), welche durch einen Vorstand repräsentiert wird (§ 26 BGB.), notwendig.[1] Die Fälle, in denen dann das Recht anerkennt, dass es sich um eine Person handelt, sind in Reichs- und Landesgesetzen aufs schärfste umschrieben.

Eine Stiftung bedarf, wie es in der Literatur herrschende Ansicht ist,[2] eines Stiftungsvermögens und ausserdem eines Verwalters (§ 86 BGB. in Verbindung mit § 26). Die Anerkennung seitens der Rechtsordnung erfolgt unter der Voraussetzung der Staatsgenehmigung (§ 80 BGB.).

3) Die Lehre von den Quasipersonen.

§ 51.

Jetzt, nachdem dem Grundprinzip nach die Lehre von den eigentlichen Personen erörtert ist, kann auf die Quasipersonen eingegangen werden. Quasipersonen sind, wie wiederholt werden mag, diejenigen Gebilde,[1] welche, ohne Personen zu sein, ganz oder teilweise wie Personen behandelt werden.

Dass die selbständigen Sondervermögen als ein Teil einer grösseren Gruppe aufzufassen sind, ergibt sich schon von vornherein aus der Erwägung, dass in der Praxis die typischen

1. Eines Vermögens bedarf dagegen die Körperschaft zu ihrem Bestehen nach BGB. nicht. Hieraus fofgt, dass die Zweckvermögenstheorie in Bezug auf die Körperschaft nach BGB. jedenfalls nicht mehr haltbar ist. Die Zweckvermögenstheorie wird auch anscheinend hinsichtlich der Körperschaften nicht mehr vertreten.

2. Vgl. Schlossmann, Zur Lehre von den Stiftungen J. J. Bd. 27 S. 66; Cosack, Lehrbuch d. Bürgerl. R. Bd. I S. 118; Demelius a. a. O. S. 120; Roth, Stiftungen J. J: Bd. I S. 204. Dagegen weist Gierke a. a. O. S. 648 Anm. 16 darauf hin, dass ein Vermögen für eine Stiftung nicht notwendig sei. Vgl. hierüber noch unten § 61 Anm. 4.

1. Der Begriff „Gebilde" ist weiter wie der Begriff „Wesen". Die Personen, welche „Wesen" sind, sind auch „Gebilde".

Schwierigkeiten, welche den hier als selbständig bezeichneten Sondervermögen gegenüber vorliegen, auch in einer Reihe anderer Fälle auftauchen.

Ueberhaupt ist es grade die Praxis, welche in der vorliegenden Frage einer theoretischen Grundlage bedarf, da dort allgemeine Unsicherheit darüber herrscht,[2] wie man die hierher gehörigen Fälle aufzufassen hat.[3] Insbesondere bedarf es daher auch für die Praxis eines zusammenfassenden Namens. So sagt der Beschluss des Bayrischen Obersten Landesgerichts vom 19. Juni 1895, dass es für „Rechtsgebilde dieser Art an einem besonderen, diese rechtliche Natur kennzeichnenden Gattungsnamen fehlt".[4]

Der aufgestellte Begriff der Quasipersonen dürfte ganz besonders geeignet sein, die in der Praxis aufgetretenen Schwierigkeiten zu beseitigen.

Begrifflich sind Personen und Nichtpersonen streng zu scheiden.[5] Aber die praktische Notwendigkeit spricht für das Vorhandensein von Uebergangsformen. In der Praxis lassen sich die Dinge gewöhnlich nicht so scharf trennen, wie es die Logik gebietet.

Dieser Sachlage wird am besten das Institut der Quasipersonen gerecht. Denn dieses kommt unter voller Aufrechterhaltung des logischen Gegensatzes doch allen praktischen Bedürfnissen entgegen, es vermag sich ihnen ganz besonders mit Rücksicht darauf, dass die gleiche Behandlung mit den Personen mehr oder weniger weitgehend sein kann, am besten anzupassen.

---

2. Vgl. z. B. bei Meurer a. a. O. S. 115. Die Beispiele liessen sich häufen.

3. Zu der praktischen Wichtigkeit der hier erörterten Frage vgl. Meurer a. a. O. S. 86. Er spricht nur von einem Teile derselben und bemerkt — nachdem er die Iudikatur berührt hat —, dass diese Streitfrage „die wichtigsten und einschneidendsten Konsequenzen" einschliesse.

4. Entscheidungen Bd. 15 S. 677.

5. Vgl. hierzu oben §§ 48, 49.

§ 52.

Wenn auch erst in der letzten Zeit, so gibt es doch schon in der Literatur einige Autoren,[1] welche — jedoch meist nur gelegentlich und ohne systematische Ausführungen — bezüglich der hier aufgestellten Lehre von den Quasipersonen auf einem dem hier vertretenen annähernden Standpunkt, sei es im allgemeinen, sei es in Beziehung auf ein einzelnes Gebilde stehen. Allerdings ist die Annäherung stets nur in gewisser und meist nicht prinzipieller Beziehung erfolgt.

In Beziehung auf das Sammelvermögen stimmt Dernburg mit der hier vertretenen Auffassung überein; denn er sagt in seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,[2] das Sammelvermögen sei einer Stiftung — also einer richtigen Person — analog zu behandeln.

Das Bayrische Oberste Landesgericht spricht ferner in dem erwähnten Beschluss von der offenen Handelsgesellschaft als von einem Wesen, das ohne vollkommene juristische Person zu sein, „gleichwohl in verschiedenen Beziehungen als eine eigene Rechtspersönlichkeit behandelt werden darf."[3]

Ziemlich bedeutend entfernt sich dagegen schon Meurer a. a. O. S. 72 ff. Er, welcher ein Anhänger einer Art von Fiktionstheorie bezüglich der juristischen Person ist, betont — S. 79 —, dass die Fiktion mehr oder weniger weit gehen kann. So gibt es auch nach ihm Vereinigungen, welche nach aussen wie juristische Personen funktionieren, aber doch keine juristischen Personen sind, weil sie nach innen kraft positiver Normierung das Bild der Gesellschaft zeigen. Diese Vereinigungen nennt Meurer Gesellschaften mit formeller Rechts-

---

1. Über Hellwigs Ansicht wurde schon oben § 45 referiert.
2. Bd. I S. 289.
3. Vgl. auch Weismann, Lehrbuch des Zivilprozesses Bd. I S. 75, der von Vereinigungen und Vermögensmassen spricht, welche lediglich für den Prozess als juristische Personen behandelt werden.

fähigkeit.[4] Die wesentliche Abweichung gegen die hier vertretene Auffassung liegt darin, dass nach Meurer, selbst wenn er betont, dass die Gesellschaften mit formeller Rechtsfähigkeit keine juristischen Personen sind, doch der Unterschied nur ein quantitativer ist, während wir angenommen haben,[5] dass zwischen Personen und Quasipersonen ein qualitativer Unterschied besteht.

Nicht wesentlich von Meurer weicht Jellinek ab, wenn er von „unfertigen Rechtsgebilden" spricht und dies damit begründet, dass die Persönlichkeit eine variable Grösse sei.[6]

Alle anderen zu erwähnenden Autoren stehen prinzipiell auf dem Standpunkt, dass die hier als Quasipersonen bezeichneten Gebilde richtige Personen sind.

In seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechts[7] hat Kohler das hier behandelte Thema eingehend erörtert. Seine Ausführungen stimmen mit den hier gemachten darin besonders überein, dass er eine grosse Reihe der hier vorliegenden Fälle ebenfalls unter einem Gesichtspunkt zusammengefasst hat und dass er der Zweckmässigkeitsfrage[8] ebenfalls eine grosse Bedeutung beilegt. Aber daneben findet sich eine wichtige prinzipielle Abweichung, insofern als Kohler von „juristischen Personen mit verminderter Rechtsfähigkeit" spricht, also die hier in Frage kommenden Gebilde als richtige Personen, wenn auch als solche minderen Rechts auffasst.

Schon früher hatte Kohler die vorliegende Frage gelegentlich gestreift, so in seinem Leitfaden des Konkursrechts S. 171. Er hatte dort ausgeführt, dass der Nachlass mindestens in jedem Moment fähig sei eine juristische Person zu werden, z. B. im Falle der Nachlassverwaltung, so dass die beim Erb-

4. Der Ausdruck ist im Anschluss an denjenigen Wachs „formelle Parteifähigkeit" gewählt. Vgl. Meurer a. a. O. S. 118.

5. Vgl. § 48.

6. a. a. O. S. 244 und 79.

7. S. 268, S. 354 f, S. 404.

8. Vgl. unten § 57.

fall verborgene juristische Person zum Vorschein kommt. Bezüglich der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft hat Kohler endlich stets den Standpunkt vertreten, sie sei eine juristische Person.[9]

Bezüglich sämtlicher hier in Frage kommender Gebilde dürfte jedoch zu sagen sein, dass bei ihnen zwar mehr oder weniger[10] diejenigen Faktoren vorhanden sind, welche dem Gebilde ermöglichen, eine Stellung im Rechtsleben wie eine Person einzunehmen,[11] dass aber überall die Anerkennung der Personenqualität fehlt.[12] Ausserdem würden einzelne von Kohler angeführte Gebilde[13] zwar juristische Personen des Privatrechts aber doch weder Körperschaften noch Stiftungen sein, was nach dem auf S. 138 Angeführten uns nicht angängig erscheint.

Gegen die Ansicht Kohlers dürfte sich auch wohl die Einteilung anführen lassen, zu welcher er durch diese Ansicht kommt. Er lässt die juristischen Personen mit verminderter Rechtsfähigkeit in α) stillschweigende (konstruktive) juristische Personen, β) Vereine und Stiftungen in Liquidation und γ) juristische Personen, denen durch die Art ihrer Gründung nur eine beschränkte Rechtsfähigkeit zusteht, zerfallen.[14] Diese Einteilung ist folgerichtig, wenn man alles auf die verminderte Rechtsfähigkeit abstellt. Aber die an dieser Stelle später vorgeschlagene Einteilung scheint doch mehr sich den hier einschlägigen Verhältnissen anzupassen und daher vorzuziehen zu sein.

Folgende Autoren fassen ferner hier zu den Quasipersonen gerechnete Gebilde als juristische Personen auf:

---

9. Leitfaden des Konkursrechts S. 170; Grünhuts Zeitschrift Bd. 13 S. 8.
10. Vgl. unten § 56.
11. Vgl. oben § 50.
12. Vgl. §§ 50 und 56.
13. Vgl. hierüber oben § 49 Anm. 1.
14. Vgl. Kohler, Lehrb. d. b. R. a. a. O.

Eccius, Affolter und Krückmann[15] die offene Handelsgesellschaft, Rudorf[16] den nasciturus und Eccius eine Reihe von Vermögensmassen, welche er der Stiftung gleichstellt.[17]

Allen diesen gegenüber gilt dasselbe, was Kohler gegenüber ausgeführt worden ist, mit Ausnahme natürlich des Bedenkens gegen die Einteilung.

Besonders beachtet seien zum Schluss noch die Ausführungen Leonhards.[18] Er kennt eine Gruppe: Verkannte juristische Personen. Als solche fasst er eine Anzahl Gebilde zusammen, welche hier als Quasipersonen aufgefasst sind und die er ihrem Wesen nach für juristische Personen hält. Insofern ist er ein Vorläufer Kohlers, wenn bei ihm auch anders als bei diesem nur Vermögensmassen hierher gerechnet sind. Aber Leonhard unterscheidet sich von Kohler dadurch, dass er de lege lata — daraus erklärt sich der Ausdruck „verkannte Personen" — meint, in diesen Fällen sei die Personenqualität nicht anerkannt. Uebrigens sei dies auch ohne praktische Bedeutung, da es allgemeine Vorschriften für alle Arten juristischer Personen nicht gebe und infolgedessen jede dieser Erscheinungen doch nach besonderen Grundsätzen zu ordnen sei.

Insoweit Leonhard mit Kohler übereinstimmt, dürfte hier nichts besonderes zu sagen sein. Insoweit er von ihm abweicht, ist darauf hinzuweisen, dass die Frage der Anerkennung durchaus nicht praktisch unerheblich ist. Denn erstens gibt es sehr wohl eine Reihe Bestimmungen, welche ausdrücklich für alle Personen und damit auch juristische Personen gel-

15. Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 32 S. 5; Archiv f. b. R. Bd. V S. 1 ff; Gruchots Beiträge Bd. 37 S. 236.

16. Hierauf weist Zitelmann a. a. O. S. 111 hin.

17. Preuss. Privatrecht, Bd. I S. 104. In Gruchots Beiträgen Bd. 33 S. 736 hatte Eccius einen dem hier vertretenen näheren Standpunkt eingenommen.

18. Allgemeiner Teil des BGB. S. 110/111. Vgl. auch S. 354 Anm. 1 in Kohlers Lehrbuch.

ten, so § 50 Absatz 1 CPO., und zweitens lassen sich aus dem Wesen der Personenqualität eine grosse Anzahl nirgends ausgesprochener Folgerungen herleiten.

Von ganz besonderer Bedeutung ist es ausserdem, dass Leonhard nebenbei bemerkt, es sei trotzdem höchst „zweckwidrig", die hier in Frage kommenden Erscheinungen zu den Stiftungen — für Leonhard kommen ja hier nur Vermögensmassen in Betracht — zu zählen. Hierin liegt doch wohl eine stillschweigende Anerkennung, dass trotz alledem ein bedeutender Unterschied zwischen den aufgezählten Erscheinungen und den juristischen Personen besteht.

§ 53.

Es ist zunächst im allgemeinen zu rechtfertigen, dass es überhaupt Quasipersonen geben kann.

Es besteht ein Gegensatz dazwischen, dass eine Erscheinung[1] ihrem Wesen nach zu einer Gruppe[2] von Erscheinungen gehört und demgemäss gleich wie diese Gruppe behandelt wird, und dass eine Erscheinung, ohne zu einer solchen Gruppe zu gehören, dennoch wie diese Gruppe behandelt wird. Dieser Gegensatz zieht sich durch das ganze Rechtssystem hin.

Die Behandlung einer Erscheinung ist ihre Ausgestaltung in einer gewissen Weise. Eine solche Behandlung kann vorgenommen werden, entweder, weil sie dem Wesen

———

1. Der Begriff „Erscheinung" ist als der denkbar weiteste gewählt. Als eine „Erscheinung" können hier z. B. in Frage kommen: Ein Rechtsinstitut (§ 1915 BGB.), ein Gebilde irgend welcher Art (§ 911 BGB.) oder eine rechtlich erhebliche Handlung (§ 1405 Abs. 2 BGB.). Vgl. wegen der verschiedenen gesetzlichen Ausdrucksweisen in den zitierten Paragraphen S. 149ff.

2. Das Wort „Gruppe" ist hier nicht wesentlich. Dasselbe liegt vor, wenn eine einzelne Erscheinung ihrem Wesen nach eine andere wird. Dies ist z. B. bei der forderungsentkleideten Eigentümerhypothek der Fall (§ 1177 Abs. 1 BGB).

der Erscheinung entspricht, oder aus einem anderen Grunde. Eine gleiche Behandlung zweier Erscheinungen kann folglich vorgenommen werden, entweder weil beide Erscheinungen wesensgleich sind, oder trotzdem dies nicht der Fall ist. Im ersteren Fall kann man von einer gleichen Behandlung auf Grund von Wesensgleichheit, im letzteren von einer gleichen Behandlung trotz Wesensungleichheit sprechen.

Die Gesetzestechnik arbeitet mit einer ganzen Reihe von Mitteln dort, wo ausdrücklich eine gleiche Behandlung trotz bestehender Wesensungleichheit bestimmt wird. Wörtlich von gleicher „Behandlung" ist im § 142 Absatz 2 BGB. gesprochen.[3] Ausserdem finden sich fast identische Ausdrücke in dem § 1405 Absatz 2 BGB.: „der Einwilligung gleichstehen", im § 149 StGB.: „dem Papiergeld gleichgeachtet werden", und in den §§ 252, 255, 244 StGB.: „gleich einem Räuber bestrafen".[4] Sonst ist davon gesprochen, dass etwas die „Stellung" von etwas anderem hat, davon, dass Vorschriften eines Instituts auf ein anderes entsprechende Anwendung finden etc. Besonders wichtig ist das Mittel der gesetzlichen Fiktion, wozu meist das Wort „gelten"[5] verwendet wird. Alles dieses kann man am besten, will man einen einheitlichen Begriff haben, mit dem zusammenfassenden Ausdruck der „gleichen Behandlung trotz Wesensungleichheit" bezeichnen.[6] Diese Ausdrucksweise erschien deshalb auch

3. Daneben findet sich die gleiche Ausdrucksweise in der Literatur und Judikatur wie S. 144 hervorgehoben wurde.

4. Die Bestrafung ist die Behandlung des Strafrechts.

5. Vgl. hierzu Hedemann, Die Vermutung nach dem Rechte des deutschen Reichs S. 238 ff. Er weist insbesondere nach, dass das Wort „gelten" niemals eine prozessuale Vermutung bezeichnet.

Dagegen dient das Wort „gelten" oft lediglich zur Definition. Vgl. hierzu Gesetz, betr. Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben vom 30. März 1903. Im § 2 hat man es mit einer Definition, im § 3 mit einer Fiktion zu tun.

6. Dies bedarf einer Begründung eigentlich nur hinsichtlich der Fiktion. In Bezug auf deren Charakter giebt es die verschiedensten

als besonders geeignet, um bei der Definition der Quasipersonen verwendet zu werden.

Hierzu kommt noch ein weiterer Grund. Die erwähnten Ausdrucksweisen sind doch insofern verschieden, als sie verschiedene Gesichtspunkte zu Grunde legen. Teils wird auf die Vorschriften, teils auf den Gegenstand, auf den die Vorschriften Bezug haben, abgestellt. Da bei der Definition der Quasipersonen das letztere zweckmässigerweise geschehen musste, so war von dem ersteren ganz abzusehen. Ausdrucksweisen der ersteren Art sind diejenigen, bei welchen von einer „gleichen Behandlung", einer „gleichen Stellung" etc.

Auffassungen. Auf dem hier vertretenen Standpunkt, dass die Fiktion lediglich eine Art ist, die gleiche Behandlung anzuordnen, stehen Zitelmann a. a. O. S. 19/20, Meurer a. a. O. S. 20. Dagegen betont Bierling a. a. O. Teil II S. 85, dass eine Fiktion nicht jede Gleichsetzung sei, sondern dass man sich vielmehr (S. 86) im Falle einer Fiktion etwas tatsächlich anders, als es in Wirklichkeit sei, zu denken habe. Noch weiter gehen diejenigen, welche den „gilt"-Vorschriften juristische Realität beilegen, d. h. meinen, dass für das Recht etwas anders als in der Wirklichkeit sei. Vgl. hiergegen Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 145 und Kipp bei Windscheid Bd. III S. 193/4 bei Gelegenheit des nasciturus. Als Begründung für die hier vertretene Ansicht sei angeführt, dass man mit dieser in den verschiedenen Fällen, in denen eine Fiktion sich findet, zu den annehmbarsten Ergebnissen gelangt. Es sei hier auf den § 3 des in der vorigen Anmerkung erwähnten Gesetzes über die Kinderarbeit und auf den § 333 CPO. als Beispiele hingewiesen. Im § 3 des cit. Gesetzes „gelten" Kinder, die nicht eigene Kinder sind, als solche im Sinne des cit. Gesetzes. Man wird nun jemanden schwer zumuten können, sich fremde Kinder als eigene Kinder zu „denken", oder zu glauben, dass fremde Kinder eigene Kinder „sind". Dagegen ist es leicht verständlich, dass einzelne fremde Kinder, wie Neffen und Mündel, in gewisser Beziehung vom Gesetze ebenso wie eigene Kinder „behandelt" werden. Genau ebenso verhält es sich hinsichtlich des § 333 CPO. Auch dieser erklärt sich leicht durch die Annahme, dass eine Partei, welche im Termin zwar erscheint, aber nicht verhandelt, gleich wie eine nicht erschienene behandelt wird. Vgl. auch § 950 Abs. 1, § 1319 BGB. Über die Fiktionen, welche die Rechtswissenschaft macht, vgl. § 49 zu Anm. 11.

gesprochen wird und die Fiktion. Gegen den Gebrauch einer Fiktion[7] in der Definition der Quasiperson sprach der Umstand, dass die Ansichten über deren Bedeutung zu verschiedenartige sind und dass infolgedessen die Gefahr eines Missverständnisses zu nahe gelegen hätte.

So musste denn auch aus dieser Erwägung heraus die für die Definition der Quasiperson hier gewählte Fassung als geeignet erscheinen. Immerhin ist festzuhalten, dass noch eine Reihe anderer gesetzestechnischer Mittel sachlich der hier gewählten Ausdrucksweise gleichartig sind.

Der Gegenstand zwischen gleicher Behandlung auf Grund von Wesensgleichheit und gleicher Behandlung trotz Wesensungleichheit zieht sich, wie gesagt, durch das ganze Rechtssystem hin, so dass die Quasipersonen, wie sie hier definiert sind, nur einen besonderen Fall einer grossen Erscheinung bilden würden. Für diese Erscheinung seien im Folgenden einige Beispiele genannt. Sie sind in zwei Gruppen geordnet. In der ersten ist als verbreitetste der auf den Gegenstand von Gesetzesvorschriften abgestellten Ausdrucksweisen die der Fiktion berücksichtigt. In der zweiten ist von den Fällen gesprochen, in denen auf die Vorschriften abgestellt wird.

Das Mittel der Fiktion[8] findet sich z. B. in folgenden §§ des BGG.: 9 Abs. 1, 24, 96, 108 Abs. 2, 132 Abs. 1, 411, 643, 672, 673, 674, 727 Abs. 2, 729, 730 Abs. 2, 911, 940 Abs. 2, 950 Abs. 1, 1319, 1699, 1935, 1957, 2095, 2150, 2159. Besonders bezeichnende Beispiele bieten der § 3 des cit. Gesetzes über die Kinderarbeit und § 333 CPO.[9]

Dass die Vorschriften eines Instituts auf ein anderes Anwendung finden, ist z. B. gesagt in den §§ 27 Abs. 3, 543 Abs. 1, 594 Abs. 1, 634 Abs. 4, 636 Abs. 1, 639 Abs. 1,

---

7. Doch ist diese das verbreitetste gesetzestechnische Mittel, jedenfalls von den Mitteln, welche auf den Gegenstand von Gesetzesvorschriften abstellen, wahrscheinlich aber von allen.

8. Vgl. zum Folgenden Hedemann a. a. O. S. 241.

9. Vgl. Anm. 6.

644 Abs. 5, 651 Abs. 1, 704, 712 Abs. 2, 865, 900 Abs. 2, 914 Abs. 3, 941, 1065, 1093 Abs. 1, 1177 Abs. 2, 1200 Abs. 1, 1351, 1360 Abs. 3, 1371, 1422[10], 1932, 1944 Abs. 2, 2022 Abs. 1, 2082, 2111 Abs. 1, 2113 Abs. 3 BGB.

Wenn sich so der Gegensatz zwischen gleicher Behandlung auf Grund von Wesensgleichheit und gleicher Behandlung trotz Wesensungleichheit durch das ganze Rechtssystem hinzieht, so ist damit auch die Möglichkeit erwiesen, dass es Gebilde gibt, die ohne Personen zu sein, doch mehr oder weniger wie solche behandelt werden.[11]

§ 54.

Der Beweis dafür, dass es Quasipersonen gibt, und die Untersuchung, welches diese sind, bleibt nun zu führen.

Da erhebt sich vor allem die Frage, ob es im geschrie-

---

10. In diesem § ist zwar nicht gradezu davon gesprochen, dass Vorschriften entsprechende Anwendung finden, es ist aber dafür eine synonyme Ausdrucksweise gewählt.

11. Kiehl a. a. O. S. 300/1 wendet sich gegen Hellwigs Theorie von den selbständigen Sondervermögen. Er meint, für Hellwigs Konstruktion seien die immer wiederkehrenden „als ob“, „so wie“ bezeichnend, er will es nicht anerkennen, dass der Konkursverwalter die Stellung eines Organs haben kann, trotzdem die Konkursmasse nicht juristische Person ist. Kiehl kämpft also gegen die Auffassung Hellwigs, dass etwas im Recht anders behandelt werde, als es seinem Wesen nach sei. Diese Einwendungen Kiehls richten sich ebenso gegen die hier gegebene Definition von den Quasipersonen.

Kiehl dürfte nun zu erwidern sein, dass, wie im Text ausgeführt ist, der Gegensatz zwischen gleicher Behandlung auf Grund von Wesensgleichheit und gleicher Behandlung trotz Wesensungleichheit sich durch das ganze Rechtssystem hinzieht, und dass auch das Gesetz an sehr zahlreichen Stellen ähnliche Wendungen wie Hellwig gebraucht. Vgl. z. B. § 142 Abs. 2 BGB: Wer die Anfechtbarkeit kannte, ... wird . . . . . . „so“ behandelt, „wie“ wenn er die Nichtigkeit des Geschäfts gekannt hätte.

benen Recht in irgend welcher Weise ausdrücklich bestimmt ist, dass es Quasipersonen gibt, wie sich dies in den S. 151 f. erwähnten Fällen, in welchen eine gleiche Behandlung trotz Wesensungleichheit stattfindet, verhält. Hierauf ist zu sagen, dass es in der Tat einige, wenn auch nur wenige Bestimmungen gibt, welche das Vorhandensein von Quasipersonen erkennen lassen.

Zunächst gibt es Bestimmungen, welche ausdrücklich von solchen Quasipersonen, natürlich ohne das Wort zu gebrauchen, sprechen. Es ist besonders interessant, dass sich das Gesetz der verschiedensten oben erwähnten gesetzestechnischen Hilfsmittel bedient, um die gleiche Behandlung der betreffenden Gebilde mit den Personen anzuordnen.

Zuerst ist der § 49 Abs. 2 BGB. zu nennen. Er lautet:

„Der Verein gilt bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert."

Hier handelt es sich um ein Gebilde, das nicht Person ist. Denn der Verein besteht nicht fort, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert, er „gilt" nur als fortbestehend.[1] Dieses Gebilde, das nicht mehr Person ist, „gilt" aber als Person, man hat es also hier mit einer Quasiperson in unserem Sinne zu tun. Quasiperson während der Liqui-

---

In ähnlicher Weise wie Kiehl hat sich auch Schultze gegen den Begriff des selbständigen Sondervermögens gewendet. Vgl. Schultze Treuhänder i. gelt. R. S. 70. Schultze gegenüber ist das gleiche zu sagen wie gegenüber Kiehl.

1. Die herrschende Lehre — vgl. Cosack a. a. O. Bd. I S. 118, Planck a. a. O. zu § 47 No. 2 — nimmt ein teilweises Fortbestehen des rechtsfähigen Vereins an. Sie geht damit über den Wortlaut des § 49 hinweg, in welchem lediglich eine Fiktion enthalten ist. Vgl. oben S. 149. Es besteht aber kein Grund trotz des § 49 etwas anderes anzunehmen, und zwar umso weniger, als der Liquidation eine „Auflösung" des Vereins — wie sogar auch Cosack erwähnt, — oder eine „Entziehung der Rechtsfähigkeit" (§ 45 Abs. 1, § 47) vorangegangen ist.

dation ist auch die Aktiengesellschaft nach § 294 Abs. 2 HGB., die Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf Grund des § 69 Abs. 1 GGmbH. und die eingetragene Genossenschaft nach § 87 Abs. 1 GEG. Doch ist in diesem Paragraphen die Wendung, dass Vorschriften Anwendung — so im § 294 Abs. 2 HGB. — oder entsprechende Anwendung finden, gebraucht.

Ein weiterer Paragraph, für welchen dasselbe gilt, ist der vielerörterte § 50 Abs. 2 CPO. Er bestimmt, dass ein Verein, der nicht rechtsfähig ist, verklagt werden kann und in dem Rechtsstreit dann die Stellung eines rechtsfähigen Vereins hat. Hier spielt also auch ein Gebilde, das nicht Person ist, die Rolle einer Person. Es kommt dann endlich die Bestimmung des § 213 KO. in Betracht. Dieser ordnet an, dass auf das Konkursverfahren eines Vereins, der als solcher verklagt werden kann, die Vorschriften der §§ 207, 208 entsprechende Anwendung finden. Diese Paragraphen beziehen sich auf die Eröffnung des Konkurses einer Aktiengesellschaft. So finden also hier Vorschriften, die für eine Person gelten, für ein Gebilde, das nicht Person ist, entsprechende Anwendung.

Daneben gibt es noch eine andere Gruppe von Bestimmungen, welche das Vorhandensein von Quasipersonen, wenn auch erst in mittelbarer Weise erkennen lassen. Es finden sich nämlich eine Anzahl Rechtssätze, welche nicht verständlich wären, wenn nicht die Gebilde, auf welche sie sich beziehen, insoweit als die Rechtssätze Bestimmungen treffen, als Personen behandelt würden. Von diesen Bestimmungen kann man daher sagen, sie setzen Quasipersonen voraus.

Um welche Art von Bestimmungen es sich handelt, ergibt sich aus dem Begriff der Quasipersonen. Wie S. 148 festgestellt wurde, bedeutet „Behandlung“ eine in gewisser Weise vorgenommene Ausgestaltung. Zwei wesensungleiche Erscheinungen gleich behandeln heisst: die eine so ausgestalten, wie es sich bei der anderen aus ihrem Wesen herleiten lässt. Das Wesen der Person besteht nun darin,

dass sie Rechte und Pflichten haben kann,[2] und somit bedeutet „wie eine Person behandeln" dem zu behandelnden Gebilde eine Stellung im Rechtsleben zuweisen, wie sie sonst nur demjenigen Wesen zukommt, mit welchem Rechte und Pflichten verknüpft werden können.

Zusammenfassend lässt sich danach sagen, dass diejenigen Bestimmungen, welche einem Gebilde eine derartige Stellung zuweisen, Quasipersonen voraussetzen. Als Beispiele sind zu nennen diejenigen, die anordnen, dass ein Gebilde klagen und verklagt werden könne, da nach § 50 Abs. 1 CPO. die Parteifähigkeit an sich ein Ausfluss der Rechtsfähigkeit ist, ferner diejenigen, welche von der Vertretung eines Gebildes sprechen, da eine Vertretung regelmässig nur bei Personen möglich ist, u. a. m.[3] Eine Anordnung der ersteren Art findet sich z. B. in dem § 124 HGB., eine Anordnung der letzteren in §§ 1912, 1913 BGB., 125, 161 Abs 2, 494 HGB.[4] [5]

2. Vgl. oben S. 139.

3. Auch die Bestimmung des § 124 HGB., dass offene Handelsgesellschaften unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen können, gehört hierher. Denn an sich wird ein Recht etc. auf den Namen desjenigen erworben, dem es gehört. Wenn auch auf den Namen der offenen Handelsgesellschaft Rechte etc. erworben werden können, so wird diese behandelt, als wenn sie solche haben könnte, obgleich sie das nicht kann und die Rechte etc. vielmehr den einzelnen Gesellschaftern zustehen.

4. Vgl. im übrigen unten die Darstellung im einzelnen §§ 59 ff. Vgl. auch Hellwig C. P. S. 303.

5. Zwischen Brinz a. a. O. Bd. I § 73 und Regelsberger a. a. O S. 235 war Streit, ob jemand Rechte ohne Rechtsfähigkeit haben könne. Durch die Annahme von Quasipersonen dürfte auch hier vielfach die Schwierigkeit gehoben werden, da oft gar nicht ein Rechte-haben sondern nur ein Als-Rechtssubjekt-behandelt-werden vorliegen dürfte. So ist es auch ausserordentlich bezeichnend, dass bei diesem Streit die Stellung der in metallum Verurteilten eine Rolle spielte: L. 3 pr. § 1 D his quae pr. non scr. hab. 34,8. Vgl. Regelsberger a. a. O. und Brinz a. a. O. Wie später gezeigt werden wird, ist grade der zum bürgerlichen Tod — um etwas Ähnliches handelte es sich hier — Verurteilte eine Quasiperson, vgl. S. 165.

Dagegen gehören hierher nicht diejenigen gesetzlichen Bestimmungen, welche es mit der Zuständigkeit von Rechten zu tun haben.[6] Anknüpfungspunkt für Rechte zu sein, würde über den Rahmen des „wie eine Person behandelt werden" hinausgehen. Es würde dies kein „Behandeltwerden" sondern ein „Sein" voraussetzen. Finden sich also solche Bestimmungen, so hat man es mit einer richtigen Person zu tun, sofern es sich nicht etwa um subjektlose Rechte[7] handelt.

§ 55.

Beide Gruppen von gesetzlichen Bestimmungen genügen jedoch — wenn sie auch erweisen, dass es überhaupt Quasipersonen gibt — nicht, um darauf eine Lehre von den Quasipersonen zu gründen. Es muss deshalb versucht werden, ein allgemeines Prinzip zu finden, das angibt, wann ein Gebilde eine Quasiperson ist, und es muss dann an der Hand dieses allgemeinen Prinzips untersucht werden, welches die Quasipersonen sind. Hierbei wird man auch andere Bestimmungen des Gesetzes sowie allgemeine Erwägungen heranziehen können, und so wird es möglich sein, eine geschlossene Lehre von den Quasipersonen aufzustellen.

Das allgemeine Prinzip wird vor allem aus den erwähnten Vorschriften ermittelt, welche das Vorhandensein von Quasipersonen erkennen lassen. Jedoch werden diese Vorschriften, da sie zu gering an Zahl sind, hierfür nicht ausreichen. Es ist deshalb daran zu erinnern, dass die Quasipersonen nur

6. Vgl. z. B. § 210 HGB. Man beachte den Unterschied in der Fassung gegenüber § 124 HGB.

7. Regelmässig setzen Rechte zwar ein Subjekt voraus, aber es kann doch subjektlose Rechte geben. Hierfür haben sich u. a. entschieden: Regelsberger, Pand. Bd. I S. 78/79; Windscheid-Kipp, Pand. Bd. I S. 187; Seckel, Die Gestaltungsrechte d. bürgerl. Rechts in der Festgabe für Koch S. 206. Anderer Ansicht Ihering, J. J. Bd. X S. 390; Dernburg, Pand. Bd. I § 49; Bolze a. a. O. S. 18; Zitelmann a. a. O. S. 39; Bierling a. a. O. S. 12 ff. und Gierke, D. Privatr. Bd. I S. 257.

einen besonderen Fall einer allgemeinen Erscheinung darstellen. Es ist folglich auch möglich, das allgemeine Prinzip, d. h. die Voraussetzungen, unter denen ein Gebilde Quasiperson ist, in der Weise zu finden, dass man die Voraussetzungen für alle Fälle, in welchen eine gleiche Behandlung trotz Wesensungleichheit stattfindet, gemeinsam ableitet und dann allerdings noch die Besonderheiten, welche für den speziellen Fall der Quasipersonen gelten, ermittelt. Im Folgenden werden beide Arten, das allgemeine Prinzip abzuleiten, angewendet werden.

§ 56.

Es ist schon oben[1] festgestellt worden, dass die gleiche Behandlung trotz Wesensungleichheit wie jede Vergleichung als erstes Erfordernis ein tertium comparationis zwischen dem zu vergleichenden Gegenstande und dem, mit dem verglichen werden soll, hat.

Die Gebilde, welche Quasipersonen sein sollen, müssen also mit den Personen etwas Gemeinsames haben. Das Mindestmass desselben ergibt sich aus folgender Erwägung. Das Gemeinsame muss vorhanden sein, damit es überhaupt logisch möglich ist, Gebilde, die nicht Personen sind, gleich solchen zu behandeln.

Die Analyse der einzelnen privatrechtlichen Personenarten hat ergeben,[2] dass bei jeder der drei Arten Faktoren vorhanden sind, welche die betreffende Personenart in den Stand setzen, eine solche Stellung einzunehmen, wie das Recht ihr zuweist. Hierzu kommt dann die Anerkennung der Personenqualität seitens der Rechtsordnung. Diese letztere fehlt jedenfalls bei den Gebilden, welche Quasipersonen sein sollen. Dies ist der Grund, weshalb sie nicht Anknüpfungspunkt

1. Vgl. S. 15.
2. Vgl. § 50.

für Rechte und Pflichten sein können, sich also ihrem Wesen nach von den Personen unterscheiden. Dagegen müssen die erwähnten Faktoren, wenn auch nur im unentwickelten, keimhaften Zustande auch bei den sich als Quasipersonen darstellenden Gebilden vorhanden sein. Denn, wenn die Quasipersonen eine solche Stellung im Rechtsleben einnehmen sollen, wie die wirklichen Personen,[3] so ist das Dasein derjenigen Faktoren, welche dazu die Möglichkeit verleihen, notwendig. In dieser Uebereinstimmung zwischen Personen und Quasipersonen liegt das Gemeinsame zwischen ihnen. Ist diese Uebereinstimmung vorhanden, so ist dem ersten Erfordernis genügt.

Dass dieses Ergebnis das richtige ist, ergibt sich auch aus den im § 54 zitierten Gesetzesbestimmungen. So sind z. B. bei den Gebilden, um die es sich in den §§ 124, 125, 161 Abs. 2, 494 HGB., im § 50 Abs. 2 CPO., und — wenn eine Entziehung der Rechtsfähigkeit stattgefunden hat[4] — im § 49 Abs. 2 BGB. handelt, dieselben Faktoren der erwähnten Art vorhanden wie bei den Körperschaften[5]; der nasciturus, der für den § 1912 BGB. als Gebilde in Frage kommt, steht, wenn er auch erst im keimhaften Zustande vorhanden ist, in dem erwähnten Verhältnis zum Menschen etc.

Dem ersten Erfordernis ist auch genügt, wenn der Gegenstand der Behandlung gar nichts wirklich Existierendes, sondern lediglich etwas Gedachtes ist, sofern dieses, wenn es in

3. Vgl. S. 155.

4. Wenn eine Entziehung der Rechtsfähigkeit stattgefunden hat, so wird der früher rechtsfähige Verein ein nicht rechtsfähiger. Vgl. hierzu Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Recht in der Festgabe für Dernburg S. 5. Über den Fall der Auflösung vgl. zu Anmerk. 7.

5. Die genannten Gebilde bestehen alle aus einer Mehrheit von Personen, welche durch einzelne Gesellschafter, durch persönlich haftende Gesellschafter, durch Korrespondentrheder, durch einen Vorstand oder durch Liquidatoren repräsentiert werden. Über die Faktoren, welche zum Bestehen einer Körperschaft notwendig sind, vgl. § 50.

Wirklichkeit bestände, Faktoren der erwähnten Art haben würde.[6]

Dies ergibt sich z. B. aus § 49 Abs. 2 BGB. Wenn nämlich der rechtsfähige Verein durch Entziehung der Rechtsfähigkeit ein nicht rechtsfähiger Verein wird, so verschwindet er durch die Auflösung völlig.[7] In diesem Falle muss, soweit der § 49 Abs. 2 eine Bestimmung trifft, etwas gedacht werden, und dasjenige, was gedacht wird, ist ein nicht rechtsfähiger Verein. Ueber diesen vgl. S. 158; er besitzt Faktoren der erwähnten Art.

Das gedachte Etwas kann endlich auch eine wirkliche Person sein. So verhält es sich im Falle des § 1913 BGB. hinsichtlich des noch nicht erzeugten Nacherben. Dieser wäre, wenn er schon lebte, ein Mensch, also eine Person.

§ 57.

Wenn ein Gebilde dem ersten Erfordernis genügt, so ist damit nur die Möglichkeit gegeben, dass das Gebilde wie eine Person behandelt wird. Ob dies wirklich zu geschehen hat, hängt davon ab, ob der Zweck eines[1] Rechtsinstituts, welches

---

6. Auch etwas nur Gedachtes kann „behandelt" werden, als wäre es etwas Vorhandenes. Dass das gedachte Gebilde Faktoren der erwähnten Art haben muss, ist deshalb zu erfordern, weil sonst jedes tertium comparationis mit den Personen fehlen würde. Die oben § 47 gegebene Definition von den Quasipersonen ist also eigentlich ungenau. Es müsste „Gebilde oder nur gedachte Gebilde" heissen. Der Kürze halber war jedoch die gewählte Ausdrucksweise vorzuziehen. Man müsste sonst überall, wo das Wort „Gebilde" erwähnt ist, die Worte „oder gedachte Gebilde" hinzusetzen. Doch muss man sich immer das hier Gesagte vergegenwärtigen.

7. Vgl. hierzu Gierke a. a. O.

1. Es kann mehrere Rechtsinstitute geben, welche mit demselben Gebilde zu tun haben. So spielt der Nachlass z. B. bei der Nachlasspflegschaft und der Testamentsvollstreckung eine Rolle.

auf das Gebilde Bezug hat, die gleiche Behandlung desselben mit den Personen erfordert.[2]

Das zweite Erfordernis besteht dann darin, dass letzteres der Fall ist.

Es geht zunächst aus den §§ 49 Abs. 2 BGB., 69 Abs. 1 GGmbH. und 294 Abs. 2 HGB. hervor, dass der Zweck des im einzelnen Fall in Frage kommenden Rechtsinstituts die gleiche Behandlung des betreffenden Gebildes mit einer Person veranlasst. Im § 49 Abs. 2 BGB. ist bestimmt, dass der Verein bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend gilt, „soweit der Zweck der Liquidation es erfordert". In dieser Bestimmung, wie weit sich die gleiche Behandlung zu erstrecken hat, ist auch gleichzeitig ihr Grund angegeben. Wenn die gleiche Behandlung, soweit der Zweck der Liquidation erfordert, zu gehen hat, so findet sie überhaupt statt, weil der Zweck der Liquidation sie erfordert. Da die Liquidation aber ein Rechtsinstitut ist, so ist es der Zweck eines Rechtsinstituts, welcher die Veranlassung zu einer gleichen Behandlung des betreffenden Gebildes mit einer Person gibt.

Die §§ 69 Abs. 1 GGmbH. und 294 Abs. 2 HGB., enthalten ähnliche Bestimmungen wie der § 49 Abs. 2 BGB., und so gilt von ihnen das Gleiche wie vom § 49.[3]

Das hier ermittelte zweite Erfordernis kann auch durch den Nachweis gefunden werden, dass überhaupt jede gleiche Behandlung trotz Wesensungleichheit durch den Zweck im Recht veranlasst wird, und dass für die Gebilde, welche Quasipersonen sein sollen, grade der Zweck eines Rechtsinstituts massgebend ist.

---

2. Die herrschende Ansicht verlangt zu einer analogen Anwendung Gleichheit des Grundes. So Dernburg, Pand. Bd. I § 38, Windscheid-Kipp a. a. O. § 22 Anm. 8, Regelsberger a. a. O. Bd. I § 38.

3. Es dürfte nur eine unbeabsichtigte Abweichung von den im Texte zitierten §§ sein, dass im § 87 Abs. 1 GEG von dem „Wesen" der Liquidation statt von ihrem „Zwecke" gesprochen ist.

Von den beiden logischen Grundprinzipien,[4] dem Zweckprinzip und dem Kausalprinzip, gilt für die Objekte der sogenannten Geisteswissenschaften, d. h. derjenigen Wissenschaften, welche es mit den Willenshandlungen der Menschen und deren Erzeugnissen zu tun haben, in erster Linie das Zweckprinzip. Seine Geltung besteht darin, dass die Vorstellung einer Wirkung selbst wieder Ursache für eine Wirkung ist. Neben diesem Zweckprinzip gilt jedoch auch für die Objekte der Geisteswissenschaften das Kausalprinzip, da auf das menschliche Handeln stets Bedingungen Einfluss gewinnen, die vom Willen der Menschen unabhängig sind, d. h. solche, die nicht in Zweckvorstellungen bestehen.

Da das Recht Objekt einer Geisteswissenschaft ist, so ist für dasselbe in der angegebenen Weise das Zweckprinzip und teilweise das Kausalprinzip massgebend.

Die Tatsache, dass das Zweckprinzip im allgemeinen Anwendung findet, bedarf noch der weiteren Ausführung. Es fragt sich, um was für eine Art Zweck es sich handelt. Die Beantwortung dieser Frage dürfte von Gierke[5] richtig gegeben worden sein. Nach ihm ist der Hauptzweck im Recht ein spezifischer Rechtszweck, jedoch muss das Recht auch gleichzeitig als Mittel für andere Zwecke betrachtet werden.

Die Geltung des Kausalprinzips hat für das Gebiet seiner Geltung zur Folge, dass sich jede einzelne Erscheinung als Wirkung aus einer anderen Erscheinung, welche die Ursache ist, ergibt. Daraus folgt, dass die Erscheinung, welche die Ursache darstellt, Eigenschaften haben muss, welche die als Wirkung zu betrachtende Erscheinung bedingen, mit anderen Worten, dass sich die letztere aus dem Wesen der ersteren herleiten lässt. Ueberall, wo das Kausalprinzip gilt, spielt also das Wesen die massgebende Rolle.

Für die Rechtsordnung, für welche das Kausalprinzip zum

---

4. Vgl. zum Folgenden Wundt, Logik Bd. I S. 644 ff.
5. Vgl. Deutsch. Privatr. Bd. I S 120/1.

Teil gilt, ist nun zu sagen: Diese teilweise Geltung des Kausalprinzips hat für die Rechtsordnung zur Folge, dass jedenfalls zum Teil aus dem Wesen einer rechtlichen Erscheinung sich die für diese geltenden Sätze herleiten lassen.

Im Gegensatz zum Kausalprinzip ist bei dem Zweckprinzip je nach der Art des Zweckes zu unterscheiden.

Von den verschiedenen Arten von Zwecken, welche es gibt, kommen hier nur die ethischen und intellektuellen Zwecke in Betracht.[6]

Im allgemeinen lassen sich die Zwecke wenig gruppieren, dies widerspricht unserm diskursiven Denken.[7] Das gilt jedoch nicht[8] von den ethischen Zweckvorstellungen. Da ihnen stets ein Ideal zu Grunde liegt, drängen sie sogar grade umgekehrt zur Einheit hin. Ist dies der Fall, so liegen die Dinge innerhalb eines Systems ganz ähnlich wie beim Kausalprinzip. Für das System als Ganzes gilt zwar das Zweckprinzip, aber da jeder einzelne Teil des Systems von dem gleichen Zweckgedanken durchdrungen ist, so stehen die einzelnen Teile untereinander im Verhältnis von Ursache und Wirkung. So spielt das Wesen hier die gleiche Rolle wie beim Kausalprinzip. Immerhin kommt es auch bisweilen bei ethischen Zwecksystemen vor, dass eine einzelne Erscheinung eine besondere Rolle spielt, und dass daher der betreffende Teil der Rechtsordnung einen besonderen Zweck zu haben scheint. Dies ist aber nur ausnahmsweise und zwar dann der Fall, wenn eine Eingliederung in das grosse System infolge der Unzulänglichkeit der Erkenntnis in den Zusammenhang mit diesem vorderhand noch nicht ausführbar ist.

In allen Fällen, in welchen die Zwecke nicht weiter

6. Es gibt ausserdem noch ästhetische Zwecke; vgl. Wundt S. 646.

7. Vgl. Wundt a. a. O.

8. Vgl. Schmoller, Grundsatz der Allg. Volkswirtschaftlehre Teil I S. 56 bezüglich der Moral. Es gilt jedoch u. E. für jeden ethischen Zweckgedanken.

zurückzuführen sind, wird also nicht ein Hauptzweck Ursache eines grösseren Systems sein, sondern die einzelnen Zwecke sind unmittelbar Ursachen von Folgen. Sie bewirken, dass die betreffende Erscheinung, auf die sie sich beziehen, in einer bestimmten Weise ausgestaltet wird, mit anderen Worten, sie bewirken ohne Rücksicht auf methodischen Zusammenhang lediglich eine bestimmte Behandlung.

Das hier bezüglich des Zweckprinzips Gesagte hat für die Rechtsordnung folgende Bedeutung. Soweit in ihr der spezifische Rechtszweck gilt, ist, da dieser Zweck ein ethischer ist,[9] die Rechtsordnung regelmässig eine Einheit und infolgedessen das Wesen für den weiteren Ausbau massgebend. Soweit dagegen das Recht Mittel für andere Zwecke ist, und in Ausnahmefällen selbst soweit der Rechtszweck in Betracht kommt, ist der Zweck unmittelbar massgebend, er wird Ursache einer bestimmten Behandlung.

Ist dies der Fall, so setzt eine gleiche Behandlung trotz Wesensungleichheit voraus, dass der Zweck in dem betreffenden Teil der Rechtsordnung diese gleiche Behandlung erfordert. Die Rechtsordnung zerfällt in Rechtsgebiete, diese in Rechtsinstitute und diese wieder in Rechtssätze. Der Teil der Rechtsordnung, welcher es mit einem Gebilde, das Quasiperson sein soll, zu tun hat, ist ein Rechtsinstitut, eine Gruppe von Rechtssätzen. Folglich ist der für die gleiche Behandlung dieser Gebilde mit den Personen in Frage kommende Zweck der eines Rechtsinstituts. Damit ist dasselbe zweite Erfordernis wie oben S. 160 gefunden.

Nach dem Gesagten lautet das allgemeine für die Quasipersonen geltende Prinzip: E i n G e b i l d e , b e i w e l c h e m d i e g l e i c h e n z u r E i n n a h m e e i n e r r e c h t l i c h e n S t e l l u n g b e f ä h i g e n d e n F a k t o r e n w i e b e i e i-

---

9. Hier ist von Gierke abgewichen. Dieser stellt die Idee des Guten der Idee des Gerechten gegenüber.

ner Person vorhanden sind, ist eine Quasiperson, wenn der Zweck eines Rechtsinstituts, welches auf das Gebilde Bezug hat, dies erfordert.[10]

§ 58.

Auf Grund des allgemeinen Prinzips und der angeführten ausdrücklichen Bestimmungen ist es nun möglich — vgl. § 55 — in erschöpfender Weise zu ermitteln, welche Quasipersonen es gibt. Dabei können gesetzliche Bestimmungen in folgender Weise in Betracht kommen.

I) Aus gesetzlichen Bestimmungen kann sich ohne Zuhilfenahme des allgemeinen Prinzips das Vorhandensein von Quasipersonen im Recht erkennen lassen,

A) unmittelbar, indem die gesetzlichen Bestimmungen das Vorhandensein von Quasipersonen anordnen,

B) mittelbar, indem die gesetzlichen Bestimmungen eine Behandlung eines Gebildes festsetzen, die gewöhnlich nur bei einer Person eintreten kann.

II) Aus gesetzlichen Bestimmungen kann sich erst vermittelt durch das allgemeine Prinzip, das Vorhandensein von Quasipersonen erkennen lassen. Vgl. § 55.

Die Darstellung im Einzelnen hat davon auszugehen, dass es drei Arten von Personen im Privatrecht gibt; ebenso gibt es drei Arten von Quasipersonen, je nachdem diese mit einer von den Personenarten zu vergleichen sind.

§ 59.

Das geltende deutsche bürgerliche Recht kennt nur eine

10. Kohler, Lehrb. S. 357 und S. 404 hebt ebenfalls hervor, dass der Zweck es sei, wodurch bestimmt wird, wie weit die hier in Frage kommenden Erscheinungen juristische Personen mit beschränkter Rechtsfähigkeit — um solche handelt es sich ja nach Kohler — sind.

kleine Anzahl Fälle, in welchen Gebilde natürlichen Personen gleich zu behandeln sind. Dies hat seinen Grund darin, dass heute in Deutschland jeder Mensch richtige Person ist.

Anders war es früher, und ist es auch noch heute teilweise im Ausland. Zunächst war der Sklave zwar Mensch, aber doch keine Person im Rechtssinn. Hier lag die Möglichkeit vor, eine Quasiperson anzunehmen, denn dem ersten Erfordernis war genügt, ohne dass doch eine richtige Person in Frage kam. In der Tat enthielt auch das römische Recht eine Reihe von Bestimmungen, welche voraussetzten, dass insoweit der Sklave einer Person gleich behandelt würde, mithin Quasiperson wäre. So konnte der Sklave Vermögen seines Herrn selbständig verwalten, Delikte begehen und Verträge abschliessen, aus welchen wenigstens Naturalobligationen entstanden etc.[1] Man sprach dann davon, dass er der Träger einer natürlichen Persönlichkeit sei.[2]

Genau ebenso verhält es sich dort, wo es einen bürgerlichen Tod gibt, mit dem bürgerlich Toten. Auch bezüglich seiner finden sich Vorschriften, welche voraussetzen, er sei eine Quasiperson. So bestimmt der code civil du canton du Vaud, welcher im Falle der Verurteilung zum Tode (art. 10) und in bestimmten anderen Fällen (art. 11) einen bürgerlichen Tod kennt, in art. 12:

„Le condamné à la mort civil est réputé mort intestat.

Le seul acte civil dont il soit capable est de recevoir des dons à titre d'alimens."

Der code civil will also hier dem bürgerlich Toten, der prinzipiell keine Person ist, Vorteile zuwenden, die sonst nur

---

1. Vgl. den Titel D. de peculio 15,1 und L. 14 D. de obligationibus et actionibus 44,7 Ulpianus libro septimo disputationum: Servi in delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Dazu Sohm, Institutionen S. 161.

2. Vgl. Sohm a. a. O.

einer Person zukommen.[3] Das setzt voraus, dass er insofern wie eine Person behandelt wird.

Nach geltendem Reichsrecht ist die hauptsächlichste hierher gehörige Quasiperson der nasciturus.[4] In Rom war dies in der L. 26 D. de statu hominum 1,5 bestimmt.[5] Heute ist es nicht der Fall. Denn das BGB. enthält in bezug auf den nasciturus keine Bestimmung der unter 1 A der im § 58 gemachten Aufstellung erwähnten Art, d. h. keine, welche ausdrücklich das Vorhandensein einer Quasiperson bestimmt. Als solche ist insbesondere nicht anzusehen die des § 1923 Abs. 2. Diese enthält vielmehr eine Fiktion, welche dahin geht, dass, wenn der Erbe lebend zur Welt kommt, es nach rückwärts hin so gilt, als wenn er vor dem Erbfall geboren wäre. Auf die Schwebezeit zwischen Erbfall und Geburt[6] bezieht

---

3. Diese Auffassung und nicht die Annahme, dass die frühere Rechtsfähigkeit des Verurteilten teilweise fortbesteht, entspricht wohl am besten dem Sinne der Vorschrift des art. 12.

4. Die Auffassung der rechtlichen Stellung des nasciturus und der hierher gehörigen Pflegschaft ist verschieden. Kohler, Lehrb. S. 354/55 hält eine juristische Person mit beschr. Rechtsfähigkeit für vorliegend. Auf die Auffassung von Rudorf wurde schon oben S. 147 hingewiesen. Vgl. ausserdem besonders Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. I S. 199; Lasson, Völkerrecht S. 131 und Schultze, Treuhänder S. 61. Letzterer fasst den Pfleger als Treuhänder auf.

5. Die massgebenden Worte lauten: Qui in utero sunt, in toto paene jure civili intelleguntur in rerum natura esse.

6. Anders ist es nach dem Luzerner BGB. § 10: „(Rechte der Ungeborenen) Ungeborene Kinder, welche von dem Zeitpunkt ihrer Empfängnis an unter dem Schutze der Gesetze stehen, werden, insoweit es um ihre Rechte zu tun ist, als geborene angesehen; ein totgeborenes Kind aber wird in Rücksicht auf die ihm für den Lebensfall vorbehaltenen Rechte so betrachtet, als wäre es nie empfangen worden" Die dem nasciturus „vorbehaltenen" Rechte — so auch die aus der Erbschaft stammenden — sind also zwar subjektlos; der nasciturus wird jedoch mit Rücksicht auf sie behandelt, als wäre er schon Person, er ist mithin Quasiperson in unserem Sinne.

sich diese Fiktion nicht.[7] Hierauf deuten die Präterita „lebte" und „erzeugt war" hin.[8]

Dagegen gibt es im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Bestimmung, welche voraussetzt — Gruppe I B im § 58 — dass der nasciturus eine Quasiperson ist, sodass man ihn unter Umständen in der Tat der Einzelperson gleich behandeln muss.

Zunächst lässt sich auch unter diesem Gesichtspunkt der § 1923 nicht anführen. Man könnte dies deshalb glauben, weil ja auf Grund dieses Paragraphen ein zur Zeit herrenloses Vermögen — der Nachlass —, welches dem nasciturus aufbewahrt wird, vorhanden ist, und weil regelmässig die Rechte, aus denen ein Vermögen besteht, einer Person als Subjekt bedürfen.[9] Der § 1923 setzt aber doch deswegen keine Quasiperson voraus, weil eine Quasiperson nicht Anknüpfungspunkt für Rechte sein kann.[10] Vielmehr hat man es mit richtigen subjektlosen Rechten zu tun.

Dagegen setzt der § 1912 BGB. die Annahme einer Quasiperson voraus. Der Pfleger des § 1912 ebenso wie der Vater oder die Mutter unter den im § 1912 angegebenen Bedingungen haben die künftigen Rechte der Leibesfrucht zu wahren. Die Tätigkeit dieser Personen erstreckt sich soweit, wie es künftige Rechte gibt; sie ist danach eine sehr mannigfaltige[11] und kann unter Umständen sogar die Verwaltung eines — herrenlosen — Vermögens zum Gegenstand haben, z. B. nach § 844 Abs. 2 Satz 2 BGB. in Verbindung mit § 843 Abs. 3, nach § 1716 Abs. 1 und auf Grund des Reichshaftpflicht-

———

7. Kohler a. a. O. zieht dagegen auch den § 1923 als einen solchen heran, auf welchem die Eigenschaft des nasciturus als juristischer Person mit beschränkter Rechtsfähigkeit beruht.

8. Vgl. bezüglich dieser Präterita Hellwig Anspruch S. 45 u. Binder a. a. O. Bd. I S. 189.

9. Vgl. oben § 54 Anm. 7.

10. Vgl. oben S. 156.

11. Sie kann sich sowohl auf Vermögensangelegenheiten als auch auf persönliche erstrecken. Vgl. Schultetus, Vormundschaftsrecht S. 224.

gesetzes § 3. Wichtig ist auch nach gemeinem Recht[12] der Fall der Wahrung der Rechte der Leibesfrucht bei den Familienfideikommissen und Familienstiftungen.[13 14] In allen diesen Fällen ist der Pfleger Pfleger der Leibesfrucht d. h. — vgl. S. 92 — eine Art von Personenpfleger und damit Vertreter. Soll aber eine Nichtperson vertreten werden, so setzt dies[15] mindestens die Annahme einer Quasiperson voraus. Folglich ist der nasciturus, soweit dies hier nötig ist, gleich einer Person zu behandeln. Genau ebenso verhält es sich, wenn ein Vater oder eine Mutter auf Grund des § 1912 die künftigen Rechte der Leibesfrucht zu wahren hat.

Ein weiteres der natürlichen Person gleich zu behandelndes Gebilde ist der noch nicht erzeugte Nacherbe im Falle des § 1913 BGB.;[16] denn auch für diesen soll ein Pfleger ernannt werden, mithin eine Vertretung stattfinden.

---

12. Anders nach Preussischem Recht. Die Zustimmung zu den Familienschlüssen — der wichtigste Fall für eine diesbezügliche Pflegschaft — geschieht hier in der Form, dass, wenn eine solche Zustimmung überhaupt erforderlich ist, nach der erfolgten Geburt, also nachträglich, ein Pfleger bestellt wird. Vgl. A.L.R. § 44 Teil II Titel 4 und dazu Allerhöchste Kabinettsordre von 1835.

13. Vgl. Schultetus a. a. O. S. 224; Dernburg, Bürg. R. Bd. IV S. 409.

14. Auch zur Wahrung des künftigen Erbrechts kann ein Pfleger bestellt werden und zwar auch dann, wenn eine Nachlasspflegschaft eingeleitet ist. Denn da hier der Nachlasspfleger nicht als Personenpfleger aufgefasst ist, so muss man dem Pfleger aus § 1912 eine völlig andere Stellung zuweisen als dem Nachlasspfleger. Vgl. Hellwig, C. P. S. 293. Immerhin kann es vorkommen, dass, weil eine Nachlasspflegschaft für den Nachlass genügend sorgt, kein Bedürfnis mehr zu einer Pflegschaft aus § 1912 BGB. vorliegt. Vgl. hierzu Fuchs, Das deutsche Vormundschaftsrecht S. 264; Böhm a. a. O. S. 188.

15. Vgl. S. 155.

16. Kohler a. a. O. will auch hier eine juristische Person mit beschränkter Rechtsfähigkeit als vorliegend erachten. Schultze a. a. O. S. 64 fasst den Pfleger wieder als Treuhänder auf.

§ 60.

Die den Körperschaften gleich zu behandelnden Gebilde seien — analog wie Hellwig von selbständigen Sondervermögen spricht — selbständige Personenmehrheiten genannt.[1] Kraft ausdrücklicher Bestimmung sind selbständige Personenmehrheiten: der rechtsfähige Verein, die Aktiengesellschaft, die eingetragene Genossenschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, wenn sie sich in Liquidation befinden (§ 49 Abs. 2 BGB., § 294 Abs. 2 HGB., § 87 GEG., § 69 GGmbH.), sowie der nicht rechtsfähige Verein.

Bezüglich des letzteren gilt etwas Besonderes. Der § 50 Abs. 2 CPO. und der § 213 KO. bestimmen, dass der nicht rechtsfähige Verein, wenn er verklagt wird, und hinsichtlich der Konkurseröffnung wie eine Person zu behandeln sei.[2] Auf Grund des § 213 KO. ist jedoch anzunehmen, dass die erwähnte gleiche Behandlung weiter zu gehen hat, als das nach dem Wortlaut der zit. Paragraphen scheint. Eine Konkurseröffnung kann nur stattfinden, wenn ein Gemeinschuldner da ist, welcher Verpflichtungen hat und dem Rechte zustehen. Hierauf dürfte Hellwig[3] mit Recht hingewiesen haben. Muss aber ein solcher Gemeinschuldner vorhanden sein, so muss der nicht rechtsfähige Verein während seines Bestehens vollständig[4] wie eine Person behandelt werden. Dann ist er auch insbesondere, trotzdem aus § 50 Abs. 2 CPO. argu-

---

1. Hellwig spricht hier von selbständigen Sondervermögen von Personenverbänden. Vgl. C. P. S. 303 ff. Der Ausdruck „Personenverband" ist hier deshalb nicht gewählt, weil „Verband" — Verbandspersönlichkeit — auch bisweilen für richtige Personen benutzt wird. Vgl. im übrigen über unsere diesbezügliche Stellung zu Hellwig S. 171.

2. Vgl. oben S. 154.

3. C. P. S. 304.

4. Vgl. Hellwig a. a. O. Hellwig führt noch mehr Gründe für seine hier vertretene Ansicht auf, auf welche ebenfalls zu verweisen ist.

mento a contrario das Gegenteil hervorzugehen scheint, aktiv parteifähig.[5]

Eine grosse Reihe von Bestimmungen setzen selbständige Personenmehrheiten voraus. Zunächst setzen einige Bestimmungen voraus, dass es überhaupt selbständige Personenmehrheiten gibt. § 171 Abs. 2 CPO. nennt neben den „Korporationen“ noch „Vereine“, die als solche klagen und verklagt werden können, und der gleiche Ausdruck findet sich im § 6 ZVG. Andere Bestimmungen setzen voraus, dass grade das betreffende Gebilde, worauf sie sich beziehen, bis zu einem gewissen Grade gleich einer Person zu behandeln, also eine selbständige Personenmehrheit ist. Es sind dies[6] die §§ 124, 125 HGB. für die offene Handelsgesellschaft,[7] § 161 Abs. 2 HGB. für die Kommanditgesellschaft und § 494 HGB. für die Rhederei.

Eine erschöpfendere Darstellung der selbständigen Personenmehrheiten kann in Anbetracht des Zwecks der vorliegenden Abhandlung nicht gegeben werden.

---

5. Anders die herrschende Meinung. Vgl. z. B. Gaupp-Stein a. a. O. zu § 50 IV.; Cosack a. a. O. Bd. II S. 415; Fischer-Henle, Komm. z. BGB. zu § 54 No. 2. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 29 hofft, dass die Praxis den nicht rechtsfähigen Vereinen die — ihnen augenblicklich versagte — aktive Parteifähigkeit verschaffen werde, und weist besonders darauf hin, dass in diesem Sinne das Gewohnheitsrecht bedeutsam werden könne. Neuerdings hat Hellwig, trotzdem er seinen prinzipiellen Standpunkt voll aufrecht erhält, in der Zeitschrift „Das Recht“ 1904 S. 208 erklärt, dass er einem derartigen Gewohnheitsrecht nicht entgegenarbeiten wolle, damit man vor allem zu einem brauchbaren Ergebnis gelange.

6. Vgl. Hellwig, C. P. S. 303.

7. Dass auch nach dem neuen HGB., trotzdem das Wort „Gesellschaft“ im § 105 hinzugesetzt ist, die offene Handelsgesellschaft als juristische Person aufgefasst wird, ist schon oben erwähnt. Gegen die Auffassung der offenen Handelsgesellschaft als einer juristischen Person vgl. Laband in der Z. f. d. g. H. R. Bd. 30 S. 468 ff. und Behrend, Handelsr. Bd. I S. 444.

Fast[8] alle der hier aufgezählten Fälle fasst Hellwig dahin auf, dass es sich bei ihnen um „selbständige Sondervermögen" von Personenverbänden handelt. Er meint also, dass das, was einer juristischen Person gleich zu behandeln ist, nicht der Personalverband, sondern das Vermögen ist. Hiergegen ist u. E. zu sagen:[9] [10] Alle die angezogenen Bestimmungen ohne irgend welche Ausnahme lauten dahin, dass der Verein oder die Gesellschaft, also die Personenmehrheit, irgendwie behandelt werden soll. So lauten auch insbesondere diejenigen Vorschriften, die ausdrücklich betonen, dass man es hier mit den Personen gleich zu behandelnden Gebilden zu tun hat; so heisst es im § 49 Abs. 2 BGB.: „der Verein gilt als fortbestehend" und im § 50 Abs. 2 CPO.: „der Verein hat die Stellung." Spricht auf diese Weise schon der Wortlaut des Gesetzes gegen die erwähnte Auffassung Hellwigs, so dürfte man gegen sie auch ein sachliches Bedenken nicht unterdrücken können. Denn nach Hellwig könnten die Vorschriften nur Anwendung finden, wenn ein Vermögen da ist, da sonst nicht von einem selbständigen Sondervermögen gesprochen werden kann. Dies ist aber nicht der Fall; z. B. ist der nicht rechtsfähige Verein im Prozess auch passiv parteifähig, wenn er kein Vermögen hat.

8. Eine Ausnahme macht der Verein in Liquidation. Hier nimmt Hellwig an, dass es sich um ein selbständiges Sondervermögen des Anfallsberechtigten handelt.

9. Durch das Folgende soll jedoch nicht behauptet werden, dass es gar keine selbständigen Sondervermögen von Personenverbänden oder — wie hier gesagt ist — von Personenmehrheiten gibt. Vgl. z. B. unten § 61 Anm. 24 bezüglich des Sammelvermögens im Fall der Pflegschaft nach § 1914 BGB. Diese selbständigen Sondervermögen unterscheiden sich aber in keiner Weise generisch von den andern.

10. Vgl. zu der Ansicht Hellwigs auch Leonhard a. a. O., welcher ebenfalls nur Vermögensmassen als „Verkannte Personen" aufführt. Vielleicht ist es derartigen Auffassungen gegenüber bemerkenswert, dass man eine Zeit lang auch die juristischen Personen lediglich als Vermögensmassen auffasste, hiervon aber zurückgekommen ist. Vgl. § 50 Anm. 1.

§ 61.

Die den Stiftungen[1] gleich zu behandelnden Gebilde werden hier, wie schon oben erwähnt, mit Hellwig selbständige Sondervermögen genannt.

Die selbständigen Sondervermögen sind mit Rücksicht auf den Zweck der vorliegenden Untersuchung ausführlicher zu behandeln als die beiden anderen Gruppen.

Die selbständigen Sondervermögen sind nach dem Vorhergehenden nicht eine allein dastehende Erscheinung, sondern sind nichts weiter als das logisch notwendige dritte Glied

---

1. Wir sahen im § 49, dass es eigentliche Anstalten des Privatrechts nach deutschem Recht nicht gibt, sondern dass nur die öffentlich rechtlichen Anstalten mittelbar auch solche des Privatrechts sind. Genau ebenso dürfte es sich bezüglich der Quasipersonen verhalten. Es gibt keine eigentlichen Quasianstalten des Privatrechts, sondern Quasianstalten nur insofern, als gewisse öffentlich rechtliche Erscheinungen, insoweit sie ins Privatrecht hineinreichen, dort Quasipersonen und infolgedessen Quasianstalten sind. Hierher dürften die stationes fisci gehören, die mehr als blosse conti finti sind (Ueber diese vgl. Kohler, Lehrbuch d. b. R. S. 266, 267). Die Existenz solcher Quasianstalten wird vorausgesetzt im § 395 BGB. Vorausgesetzt wird sie auch durch die zahlreichen Repräsentationsbestimmungen für den Fiskus, insofern als, wenn mehrere stationes in Frage kommen, diese wohl im Prozess in einigen gleich zu erwähnenden Fällen als völlig selbständige Personen behandelt werden müssen. Gewiss wird man, wenn jemand z. B. gegen den Kgl. Preussischen Fiskus eine Klage anstrengt, die sowohl militärische als auch Bauangelegenheiten betrifft, einheitlich im Rubrum zu sagen haben: gegen den Kgl. Preuss. Fiskus. Aber in den Einzelheiten des Verfahrens wie bezüglich der Zustellungen, des Versäumnisverfahrens, des Parteieids etc. wird doch in gewisser Weise der Militär- und der Baufiskus als zwei verschiedene Personen behandelt werden müssen und zwar wohl anders, als wenn eine juristische Person durch zwei Vorstandsmitglieder vertreten wird. Durch die Einheitlichkeit des Rubrums wird nur zum Ausdruck gebracht, dass es sich in Wirklichkeit um eine Person handelt und dass eine unterschiedliche Behandlung nur unter dem Gesichtspunkt in Frage kommen kann, dass innerhalb des Fiskus verschiedene Quasipersonen zu unterscheiden sind.

einer grossen Erscheinung, eben der Quasipersonen, und diese stellen ihrerseits wieder nur einen einzelnen Anwendungsfall eines der grossen Grundprinzipien des Rechts dar.

Es gibt zunächst einige Bestimmungen, welche voraussetzen, dass es überhaupt selbständige Sondervermögen gibt. Der § 17 Abs. 1 CPO. spricht nämlich generell von Vermögensmassen, welche als solche verklagt werden können, der § 4 des Reichsgesetzes vom 31. Mai 1891 und der § 4 des Preussischen Gesetzes vom 20. Juli 1883 von Vermögensmassen, die als solche in das Reichs- oder Staatsschuldenbuch eingetragen werden können.

Einige wenige Bestimmungen setzen dann im einzelnen voraus, dass es selbständige Sondervermögen gibt. Es ist hier zu nennen[2] der § 59 No. 3 KO.; bezüglich der übrigen Bestimmungen sei auf § 62 verwiesen, da nicht vorgegriffen werden darf.

Im übrigen ist man hier ganz auf das allgemeine Prinzip angewiesen. Deshalb werden die nächstfolgenden Erörterungen an der Hand desselben zu machen sein.

Was das erste im § 56 ermittelte Erfordernis für die gleiche Behandlung betrifft, so setzt[3] die Stiftung ein Vermögen, welches einer besonderen Verwaltung untersteht,[4] voraus. Um also ein selbständiges Sondervermögen zu sein,

---

2. Vgl. Hellwig, C. P. S. 308.

3. Vgl. § 50.

4. Da die organische Personentheorie dies nicht anerkennt — vgl. die § 50 Anm. 2 aufgeführte Ansicht Gierkes — so kann sie auch nicht zugeben, dass es selbständige Sondervermögen giebt, welche Sondervermögen und eine besondere Verwaltung derselben voraussetzen. Trotzdem kann die organische Personentheorie eine den selbständigen Sondervermögen entsprechende Gruppe der Quasipersonen anerkennen. Nur wird die organische Theorie diese Gruppe etwa „selbständige Sonderverwaltungen“ nennen und entsprechend ihrer Auffassung von der Stiftung — vgl. Gierke, Deutsch. Privatr. S. 645 ff. — den Hauptwert auf den Verwalter legen.

muss ein Sondervermögen einer besonderen Verwaltung[5] unterliegen. Das Vermögen kann entweder herrenlos sein[6] oder aber jemandem gehören; nur eine besondere Verwaltung muss vorhanden sein, und eine solche wird der Regel nach durch eine separatio bonorum im Sinne Hellwigs herbeigeführt werden.

Diese getrennte Verwaltung ist nach Hellwig, wie oben erwähnt wurde, das einzige, nach der hier vertretenen Auffassung nur das erste Erfordernis für das Vorhandensein eines selbständigen Sondervermögens. Es gibt dann immer noch zwei Möglichkeiten. Entweder man hat es mit einer selbständigen Verwaltung der oben[7] erwähnten Art oder mit einem selbständigen Sondervermögen zu tun.

Das zweite Erfordernis für das Vorhandensein eines solchen besteht nach dem im § 57 Ausgeführten darin, dass der Zweck der betreffenden Verwaltung — denn eine solche ist das hier in Frage kommende Rechtsinstitut[8] — das Vorhandensein eines selbständigen Sondervermögens erfordert.

Es liegt nahe, dies stets um deswillen anzunehmen, weil der Zweck der Verwaltung es wohl immer erfordert, dass die Handlungen des Verwalters, sowie die Prozesse die er führt, Wirkung für das verwaltete Vermögen haben. Dies ist aber

---

5. Es bedarf keines vom Subjekt des Sondervermögens verschiedenen Verwalters. Es kann gewissermassen eine Personalunion in der Weise vorliegen, dass das Subjekt des Vermögens gleichzeitig Verwalter ist. Das ist z. B. bei der sogenannten unselbständigen Stiftung der Fall. Vgl. Anm. 24.

6. Vgl. S. 177 f.

7. Vgl. § 43.

8. Das Wort „Verwaltung" ist hier in doppeltem Sinne gebraucht. Einmal bedeutet es das Vorhandensein und die Tätigkeit des Verwalters, und ausserdem bezeichnet es eine bestimmte Art von Rechtsinstituten, so z. B. die Pflegschaft über ein Sammelvermögen, die Konkursverwaltung etc. Diese doppelte Bedeutung gibt jedoch keinen Grund zur Befürchtung, dass die folgenden Ausführungen unrichtig würden (infolge einer quaternio terminorum).

nicht der Fall, weil alle diese Wirkungen sich auch erklären lassen, wenn man einen selbständigen Verwalter annimmt. Dagegen spricht auch nicht, dass es sich beim Ehemann, der — wie wir gesehen haben[9] — hier zum Vergleiche heranzuziehen ist, anders verhält; denn dass die Rechtsgeschäfte des Ehemanns und seine Prozessführung nach § 1380 BGB. nicht ohne weiteres Wirkung für das eingebrachte Gut der Ehefrau haben, erklärt sich lediglich aus Folgendem.[10] Kraft positiver gesetzlicher Bestimmung ist das Verwaltungsrecht des Ehemanns in der Weise beschränkt, dass es nicht die Befugnis umfasst, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten — auch nicht hinsichtlich des eingebrachten Guts — oder über eingebrachtes Gut ohne ihre Zustimmung zu verfügen (§ 1375 BGB.). Es ist dies eine Singularität.[11] Bedürfte das noch weiter eines Beweises, so würde er darin zu finden sein, dass in den Fällen des § 1376 der Ehemann über das eingebrachte Gut verfügen kann und dass in diesen Fällen auch seine Prozessführung für und gegen die Frau wirkt (§ 1380 Satz 2), er also einen weitgehenden Einfluss auf das eingebrachte Gut ausübt.

Es müssen also andere Umstände vorliegen, damit der Zweck der Verwaltung verlangt, dass man es mit einem selbständigen Sondervermögen zu tun hat. Man ist hier in der Lage, ein diesbezügliches Prinzip aufzustellen. Dieses Prinzip sei das „spezielle Prinzip" genannt, um es von dem oben erörterten allgemeinen Prinzip zu unterscheiden.

---

9. Vgl. § 43 zu Anm. 14.

10. Mit dem Gesagten stimmt das Resultat von Binders Aufsatz Prozessführung und Verfügungsmacht in den Beiträgen zur Auslegung des BGB. 1902 S. 103 ff. überein. Denn dort wird nachgewiesen, dass der Ehemann im Falle des § 1380 die Rechte der Frau, nicht sein eigenes Verwaltungsrecht geltend macht. Diese Ansicht ist schon früher von Hellwig, Anspruch S. 302 ff vertreten worden. Vgl. auch Hellwig, C. P. S. 323.

11. Vgl. Planck a. a. O. Vorbemerk. vor § 1373 No. 2.

Dieses spezielle Prinzip lautet: Wenn der Verwalter eines einer besonderen Verwaltung unterliegenden Vermögens nicht ganz oder überwiegend den Interessen einer Person oder eines Kreises von Personen dienen soll, sondern die ungleich gearteten Interessen verschiedener Personen oder Personenkreise wahrzunehmen verpflichtet ist, dann verlangt der Zweck der Verwaltung, dass das verwaltete Vermögen ein selbständiges Sondervermögen ist. Dieser Satz bedarf der Begründung.

Zunächst ist im Allgemeinen zu sagen, dass, wenn die Verwaltung ungleich gearteten Interessen verschiedener Personen dienen soll, der Zweck der Verwaltung bei den Handlungen des Verwalters abwechselnde Berücksichtigung dieser Interessen erfordert. Wenn der Verwalter nun grade die Interessen der einen Person oder des einen Personenkreises wahrnimmt, so kann ihn dies dazu führen, seine Handlungen gegen die andere Person, resp. den anderen Personenkreis, zu richten. Besonders wird er dadurch hierzu gedrängt werden, dass ungleich geartete Interessen, die sich wie hier auf denselben Gegenstand beziehen, allzu leicht gradezu zu widerstreitenden werden. Wenn nun im Rechtsleben von einem Mittelpunkte aus den Interessen aller ausserhalb stehenden Personen entgegen gehandelt werden kann, so steht in der Regel in diesem Mittelpunkte selbst eine Person. Denn regelmässig setzt das Zuwiderhandeln gegen die Interessen aller Aussenstehenden das Vorliegen eines besonderen Interesses in diesem Mittelpunkt und demgemäss das Vorhandensein einer Person voraus.

So drängt der Zweck der Verwaltung, wenn die erwähnte Voraussetzung gegeben ist, von der farblosen Konstruktion einer selbständigen Verwaltung ab und vielmehr zur Annahme einer Quasiperson, eines selbständigen Sondervermögens.

Weit mehr spricht hierfür noch folgende speziellere Er-

wägung, die aber nur für die Fälle gilt, wo das Sondervermögen nicht herrenlos ist; es sind dies jedoch fast sämtliche Fälle. Die einzige Ausnahme ist die Nachlasspflegschaft, wenn der Erbe ein nasciturus ist,[12] wie vorgreifend bemerkt werden mag.

Jeder hier in Frage kommende Verwalter muss, da er mit rechtlichen Angelegenheiten zu tun hat, prozessieren und kontrahieren können. Hierzu ist er in der Lage, ob er selbständiger Verwalter in dem oben erwähnten Sinne ist, oder die Stellung eines Organs eines selbständigen Sondervermögens hat.

Hat der Verwalter widerstreitende Interessen verschiedener Personen wahrzunehmen, so muss es aber möglich sein, dass er mit jedwedem Rechtssubjekt prozessieren und kontrahieren kann; prozessieren grade so, wie überhaupt seine Handlungen sich gegen jedwede Person richten können, und kontrahieren, weil eins der von ihm wahrzunehmenden Interessen die Bewirkung einer Leistung seitens jedes Beliebigen erfordern und man eine Leistung regelmässig nur vermittelst eines Vertrages — Dienstvertrages, Werkvertrages — erlangen kann, wenn die Leistung nicht ausschliesslich im Interesse des Leistenden geschieht.

---

12. Im Falle des § 58 CPO., den Hellwig, Anspruch S. 232 auch hierzu rechnet, handelt es sich um einen Vertreter des künftigen Eigentümers, weil der Vertreter lediglich die Interessen dieses künftigen Eigentümers — wenn auch eines Eigentümers in abstracto — wahrzunehmen hat und infolgedessen die oben S. 29 aufgestellte Vermutung beim Mangel an Gegengründen ausschlaggebend ist. Hellwig hat später seine Ansicht geändert. Er fasst jetzt den Vertreter aus § 58 CPO. als einen Vertreter einer als eine Einheit von Rechten und Pflichten anerkannten Vermögensmasse auf. Vgl. Rechtskraft S. 274; C.P. S. 293/294. Die hier vertretene Ansicht teilt Petersen-Anger, Kom. zur CPO. zu § 58 No. 9; Gaupp-Stein a. a. O. zu § 58 II hält den Vertreter aus § 58 für eine „Partei kraft Amtes“. Planck a. a. O. zu § 928 BGB. No. 7. hält ihn im wesentlichen für einen curator bonorum.

Unter diesen Personen ist auch das Subjekt des Vermögens.[13]

Mit dem Subjekt des Sondervermögens zu kontrahieren und zu prozessieren vermag nun der selbständige Verwalter nicht.[14] Hierauf hat mit Recht Hellwig hingewiesen.[15] Die selbständigen Verwalter üben die dem Subjekt des verwalteten Vermögens zustehenden Rechte aus. Die Rechtsgeschäfte, welche sie abschliessen, und die Prozesse, welche sie führen, wirken unmittelbar für und wider das Subjekt des verwalteten Vermögens. Würden die selbständigen Verwalter mit dem Subjekte kontrahieren und gegen dieses prozessieren, so würden beim Vertrag Rechte des Subjekts gegen dieses selbst entstehen, und es würde beim Prozess ein Recht des Subjektes gegen dieses selbst geltend gemacht werden. Da dieses Ergebnis unannehmbar ist,[16] so bedarf es, damit der Verwalter mit dem Subjekt des Ver-

13. Nur für das Kontrahieren mit dem Subjekt bedarf es eines Beispiels. Als solches sei angeführt, dass der Gemeinschuldner in irgend einer Weise tüchtig ist, so dass der Konkursverwalter ihn in Dienst nimmt.

14. Auch der Ehemann kann mit seiner Frau nicht prozessieren und nicht kontrahieren, soweit er Verwalter des eingebrachten Guts ist. Vgl. Hellwig, C.P. S. 309. Davon ist scharf zu trennen, dass der Ehemann auf Grund des § 1417 BGB. Prozesse gegen seine Frau führen kann, um eine Ergänzung des eingebrachten Guts zu verlangen; denn dann handelt er nicht auf Grund seines Verwaltungsrechts, sondern auf Grund seines ehemännlichen Nutzniessungsrechts. Nur mit Rücksicht auf dieses bestehen die §§ 1414 ff BGB. Ueberhaupt muss man bei allen Rechten des Ehemanns unterscheiden, ob sie aus seinem Nutzniessungs- oder Verwaltungsrecht herstammen.

15. Anspruch S. 240, C.P. S. 309. Eccius, Preuss. Privatrecht Bd. I S. 104, welcher ebenfalls darauf hinweist, dass für derartige Vermögen mit dem Subjekte derselben kontrahiert werden könne, hält es auch nur deshalb für möglich, weil die in Frage kommende Verwaltung personifiziert werde.

16. Anderer Ansicht Kiehl a. a. O. S. 301 ff. Wenn Kiehl ausführt, es sei nicht einzusehen, warum der Konkursverwalter, den er als Verwalter kraft Amtes auffasst, nicht mit dem Gemeinschuldner ebenso kontrahieren könne wie der Niessbraucher mit dem Eigentümer, so

mögens prozessieren und kontrahieren kann, der Annahme eines selbständigen Sondervermögens.

Das aufgestellte Prinzip bedarf nach erfolgter Begründung noch der näheren Erläuterung, da darauf eingegangen werden muss, inwieweit bei dem selbständigen Sondervermögen die Sondervermögen den Personen gleich zu behandeln sind. Es wird hier davon auszugehen sein, dass die Stellung des Verwalters eines selbständigen Sondervermögens eine einheitliche ist. Der Verwalter muss sich, wenn er natürlich auch die verschiedenen Interessen nicht immer gleichzeitig wahrnimmt, doch ständig bewusst sein, dass er prinzipiell für alle zu sorgen verpflichtet ist. Anders als fast alle übrigen Quasipersonen sind daher die selbständigen Sondervermögen, eben da die Stellung des Verwalters eine einheitliche ist, soweit sich überhaupt die Verwaltung erstreckt und solange sie dauert,[17] den Personen gleich zu behandeln.

Um nun zu zeigen, wie wir uns die Durchführung unseres speziellen Prinzips denken, wollen wir zwei Fälle herausgreifen, in denen gleichmässig das erste Erfordernis erfüllt ist, von denen aber nur in dem einen dem zweiten Erfordernis d. h. eben dem aufgestellten speziellen Prinzip genügt ist.

Die beiden Fälle sind: Die Verwaltung der Konkursmasse und die Güterpflege nach § 334 StPO.

Bei beiden ist dem ersten Erfordernis genügt; bezüglich der Güterpflege nach § 334 StPO. ist es schon oben gezeigt worden, und bezüglich der Verwaltung der Konkursmasse ergibt es sich aus der Erwägung, dass der Verwalter

dürfte hiergegen zu sagen sein, dass der Niessbraucher sein eigenes vom Rechte des Eigentümers losgetrenntes Recht geltend macht, während der selbständige Verwalter ein fremdes Recht, nämlich dasjenige des Eigentümers des verwalteten Vermögens ausübt. Vgl. hierzu Hellwig, C.P. S. 323.

17. Allerdings nicht länger. Es findet z. B. keine Quasibeerbung, statt, wenn die Verwaltung aufhört. Vgl. Hellwig, C. P. S. 311.

ungleich gearteten Interessen verschiedener Personen zu dienen hat.[18]

Die Voraussetzungen des aufgestellten speziellen Prinzips sind dagegen nicht bei beiden Sondervermögen erfüllt. Was zunächst die Konkursmasse betrifft, so ist der gleiche Grund, der dazu führte, dass dem ersten Erfordernis genügt war, auch hier wieder massgebend.[19] Danach ist die Konkursmasse ein selbständiges Sondervermögen.[20] An diesem praktischen Beispiel kann man übrigens wieder sehen, dass in der Tat, wenn verschiedenen Interessen gedient werden soll, der Verwalter mit jedweder Person kontrahieren und prozessieren kann. Denn offenbar kann dies im Konkurs der Verwalter sowohl mit dem Gemeinschuldner als auch mit den Gläubigern.[21]

Die Güterpflege des § 334 StPO. soll, wie oben[22] ausführlich erörtert ist, nur dem Interesse des flüchtigen Beschuldigten dienen. Danach ist das beschlagnahmte Vermögen kein selbständiges Sondervermögen.[23]

---

18. Vgl. oben § 7 und besonders § 7 Anm. 1. Dass der Konkurs verwalter die Interessen des Gemeinschuldners und der Gläubiger wahrzunehmen hat, ergibt sich aus folgenden Paragraphen der Konkursordnung: 36, 93, 99, 125, 129, 135. Dass der Konkursverwalter überhaupt verschiedene Interessen wahrzunehmen hat, ergibt sich — gemäss dem oben § 7 Anm. 1 Gesagten — auch aus dem § 82 KO.

19. Vgl. hierzu S. 184.

20. So Hellwig, C. P. S. 295 f.; zustimmend Fitting, Lehrb. d. Konkursrechts, 3. Aufl. S. 35.

21. Andere Auffassungen des Konkursverwalters sind folgende: Als Verwalter kraft Amtes fassen den Konkursverwalter auf: R. G. Bd. 29 S. 29; Gaupp-Stein a. a. O. Vorbemerkung Ic vor § 50; Kiehl a. a. O. S. 302; Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe Bd. I S. 319. Als Vertreter des Gemeinschuldners fassen ihn auf: Petersen, Sächs. Archiv Bd. 1 S. 24; Jäger, Kommentar zur KO. zu § 6; OLG. Jena 5. 1. 1891, Blätter f. Rechtspflege in Thüringen Bd. 38 S. 163. Kohler, Archiv f. civ. Praxis Bd. 81 S. 350ff. und Leitfaden des Konkursrechts S. 212 endlich hält den Konkursverwalter für einen Vertreter der Gläubigerschaft.

22. Vgl. S. 82f.

23. Anderer Ansicht Hellwig, C.P. S. 303.

Auch an diesem praktischen Beispiel kann man wieder eine analoge Betrachtung wie oben machen. Man kann erkennen, dass, wenn die Verwaltung nur einem Interesse dienen soll, der Verwalter nicht mit jedem kontrahieren und prozessieren kann. Wird man doch dem Güterpfleger diese Möglichkeit gegenüber dem Subjekt nicht zugestehen. Niemand wird ein Klage des Güterpflegers gegen den flüchtigen Beschuldigten zulassen. Sie würde — das sagt jedes Rechtsgefühl — ganz aus dem Rahmen der dem Güterpfleger gestellten Aufgaben herausfallen.

Die Durchführung des speziellen Prinzips in diesen beiden Fällen möge als Beispiel für alle übrigen genügen.[24]

Wenn nach dem Gesagten als festgestellt erachtet werden kann, dass es selbständige Sondervermögen gibt, so stimmt dies Ergebnis einmal mit dem, was in der Praxis üblich ist, völlig überein. Es wird nämlich hier ganz allgemein gesagt: Konkursmasse, vertreten durch den Konkursverwalter.[25]

Dass es selbständige Sondervermögen gibt, stimmt ferner mit dem Charakter unserer Wirtschaftsanschauungen ganz besonders überein. Es wurde schon S. 22 gezeigt, dass die jeweiligen wirtschaftlichen Anschauungen und Verhältnisse

---

24. Selbständige Sondervermögen sind u. A. ausserdem: 1) Die sogenannten unselbständigen Stiftungen. Es besteht im Verkehr die Anschauung, dass das Vermögen der unselbständigen Stiftung von dem sonstigen Vermögen des Subjekts mehr oder minder getrennt ist, so z B. nicht für die Schulden des Subjekts haftet. Man kann daher annehmen, dass sich schon seit längerer Zeit ein dahingehendes reichsrechtliches Gewohnheitsrecht entwickelt hat, dass das Vermögen eine Stellung im Rechtsleben einnimmt, wie es sonst nur Personen tun. Diese durch das Gewohnheitsrecht vorgenommene Regelung hat zur Voraussetzung, dass das Vermögen der unselbständigen Stiftung selbständiges Sondervermögen ist. 2) Das Sammelvermögen im Falle der Pflegschaft nach § 1914 BGB. Das Sammelvermögen gehört den Spendern, wird aber, wenn eine Pflegschaft nach § 1914 eingeleitet ist, behandelt, als sei es eine Person.

25. Hierauf wird auch besonders von Hagen hingewiesen.

auf die Art, wie das Vermögen rechtlich behandelt wird, von Einfluss sind. Von ihnen wird es abhängen, ob der Staat dem Vermögen unmittelbar oder nur mittelbar als Interessensphäre seines Eigentümers Beachtung schenkt.

Es wurde ferner erwähnt,[26] dass heute der Staat zwar nicht abgeneigt ist, sich unmittelbar mit dem Vermögen zu beschäftigen, dass er es aber nur tut, wenn sich dies aus ganz besonderen Gründen rechtfertigen lässt.

Das oben Gesagte wurde schon einmal[27] im Speziellen angewendet; es kann dies hier gleichfalls geschehen.

Während zur Zeit des Merkantilismus der Staat überall unmittelbar tätig eingriff, herrscht heute die Tendenz vor, der freien Entwickelung und dem freien Spiel der Kräfte von Staatswegen nur nachzuhelfen. Infolge dessen wird, wenn eine Verwaltung eines Vermögens zu erfolgen hat, diejenige Auffassung derselben als die zeitgemässeste erscheinen, welche den meistens[28] vom Staate eingesetzten Verwalter möglichst wenig hervortreten lässt. Ist die Stellung des Verwalters kraft Amtes gegenüber dem Vermögen zwar auch eine zivilistische, so spielt doch der Verwalter bei ihr eine grössere Rolle als bei der Verwaltung eines selbständigen Sondervermögens. Dies beruht darauf, dass das Vermögen bei der Verwaltung kraft Amtes ausschliesslich Objekt ist, während es als selbständiges Sondervermögen einem Subjekt gleich behandelt wird.

Danach entspricht die Annahme von selbständigen Sondervermögen den wirtschaftlichen Anschauungen unserer modernen Zeit ganz besonders.

---

26. Vgl. S. 23.
27. Vgl. S. 90.
28. Notwendig ist dies nicht; man denke an die unselbständige Stiftung.

C. Ergebnis.

§ 62.

Die angestellten ausführlichen Untersuchungen gestatten es, jetzt mit wenigen Worten festzustellen, zu welcher Form der Vermögenspflegschaft die Nachlasspflegschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehört.

Nach dem Ausgeführten muss von Fall zu Fall geprüft werden, ob ein Sondervermögen ein selbständiges ist oder nicht. Danach wird es nicht möglich sein, die Untersuchung in einem weiten Rahmen in der Art zu führen, dass man von einem Sondervermögen auf das andere schliesst. Nur von der Nachlassverwaltung kann wieder, wie oben,[1] von vornherein vorausgesetzt werden, dass für sie das Gleiche gilt wie für die Nachlasspflegschaft.

Es gibt zunächst einige wenige Bestimmungen, die voraussetzen, dass die Nachlassverwaltung die Verwaltung eines selbständigen Sondervermögens ist. Es sind dies die §§ 1976, 1978 BGB.[2]

Im übrigen muss auf das allgemeine Prinzip zurückgegangen werden.

Dem ersten hiernach notwendigen Erfordernis ist bei der Nachlasspflegschaft genügt, weil bei jeder Vermögenspflegschaft begrifflich eine besondere Verwaltung vorhanden ist.[3]

Ob sich dies bezüglich des zweiten Erfordernisses ebenso verhält, ist an Hand des aufgestellten[4] speziellen Prinzips zu prüfen.

Der Nachlasspfleger ist in der Tat ungleich gearteten Interessen verschiedener Personen zu dienen bestimmt.[5]

---

1. Vgl. S. 85.
2. Vgl. Hellwig, Anspruch S. 241.
3. Vgl. S. 30.
4. Vgl. S. 176.
5. Vgl. § 34.

Diese Tatsache hat früher dazu beigetragen, die Nachlasspflegschaft für eine Vermögenspflegschaft zu erklären. Jetzt bewirkt dieselbe Tatsache, dass auf Grund unseres speziellen Prinzips bei der Nachlasspflegschaft auch das zweite an dieser Stelle aufgestellte Erfordernis erfüllt ist. Dies ist also der Fall, nicht weil die Nachlasspflegschaft überhaupt eine Vermögenspflegschaft, sondern weil sie eine bestimmte Art der Vermögenspflegschaft ist. Die Vermögenspflegschaften und die Verwaltungen über selbständige Sondervermögen sind zwei Kreise, die sich schneiden.[6]

Ist beiden Erfordernissen genügt, so ist der Nachlass während der Nachlasspflegschaft ein selbständiges Sondervermögen und der Nachlasspfleger hat die Stellung eines Organs.[7]

---

6. Vgl. S. 127.

7. Hagen a. a. O. fasst dagegen den Nachlasspfleger als einen Verwalter kraft Amtes auf.

Berichtigungen.

Seite 41 Zeile 23 lies statt „Personenkuratel“ „Nachlasskuratel“ — S. 151 Z. 11 l. statt „Gegenstand“ „Gegensatz“ — S. 151 Z. 23 l. statt „BGG“ „BGB.“ — S. 154 Z. 4 l. statt „diesem“ „diesen“ — S. 162 Anm. 8 l. statt „Grundsatz“ „Grundriss“ — S. 171 Z. 5 l. statt „Personalverband“ „Personenverband“.

Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien

veröffentlicht

von

Dr. Emil Ebering.

Heft XXX.

Die deutsche Wirtschaftskrisis von 1873. Von Dr. Erhard Hübener.



Berlin 1905.

Die deutsche Wirtschaftskrisis von 1873.

Von

Dr. Erhard Hübener.



BERLIN
Verlag von E. Ebering, G. m. b. H.
1905.

Meinen lieben Eltern.

Vorbemerkung

über

Quellen und Denkmäler zur Geschichte der Wirtschaftskrisis von 1873.

Die Darstellung und Erklärung der Wirtschaftskrisis von 1873 ist wiederholt versucht worden, doch liegt noch keine Arbeit vor, die abschliessend oder auch nur befriedigend genannt werden dürfte. Auch die von mir vorgenommene ist von diesem Ziele weit entfernt geblieben, aber in einem Punkte unterscheidet sie sich von den meisten ihrer Vorgängerinnen, dass sie nämlich keiner Tendenz dienstbar ist. Sämtliche vorhandenen und mir bekannten Beschreibungen der Krisis stammen aus den 1870er Jahren, ja sie sind alle von 1878 geschrieben. Da ist es denn kein Wunder, dass sie sich mit der Heilung der Krisis beschäftigen, Mittel und Wege dazu angeben, oft statt der Ursachen „Schuldige" zu entdecken suchen, bisweilen einfach zu Tendenzschriften, ja zur Klatschlitteratur herabsinken.

Dem Historiker, der sich bemüht objektiv darzustellen, wie sich das Wirtschaftsleben im jungen deutschen Reiche zu schneller Blüte und jähem Verfall entwickelte, der sich bemüht zu erkennen, weshalb diese Entwicklung möglich und notwendig war, liefern jene Bücher das Material. Allein, sie sind ein sprödes Material. Ihre Autoren haben meist ganz unter dem Einfluss bestimmter Parteiprogramme gestanden, die Dinge mit dem Auge des Parteimannes angesehen. Daher muss man mit grosser Sorgfalt ihre Angaben

und Urteile wägen, wenn man ein Bild der Spekulationszeit und der folgenden Reaktionsperiode zeichnen will.

Fast nur für die Kenntnis des Verlaufes der Gründer- und Krachzeit können wir die Darstellungen der 70er Jahre brauchen. Für die Erörterung der die Krisis bedingenden Gründe sind wir auf publizistische und wissenschaftliche Einzelarbeiten jener Zeit, sowie neuere Untersuchungen angewiesen. Sie werden bei der Besprechung der Einzelfragen erwähnt werden, hier sollen nur die allgemeinen Darstellungen kurz gewürdigt werden.

Da haben wir zuerst zu nennen Max Wirth, Geschichte der Handelskrisen, 2. Aufl. 1874, 3. Aufl. 1884. Beide Auflagen brauchen wir, die ältere deshalb noch, weil sie Tabellen enthält, welche in der jüngeren fehlen. Max Wirths grosses Verdienst ist es, zuerst im Zusammenhang die Geschichte der bekannten Krisen zu geben. Seine Darstellung der Krisis von 1873 ist durchaus ungenügend, zumal bei derselben aus dem Historiker der Parteimann spricht. Die Unentwegtheit, mit der er die Forderung wirtschaftlicher Freiheit aufrecht erhält, die versteckte Freude, mit der er konservative und aristokratische Gründer geisselt, trübt manchmal seinen Blick. Zudem schildert er die Krisis als eine internationale, beschäftigt sich mit ihrer Erscheinung in Oesterreich und Amerika mehr als mit der in Deutschland. Immerhin informiert uns Wirth über das Wichtigste in den Jahren vor 1874, seine Angaben sind zuverlässig, während seine Urteile wertlos sind. Zu besonderem Danke verpflichtet uns Wirth durch genaue Ermittelung deutscher Gründungen der Jahre 1871 und 1872.

Das Schicksal dieser Gründungen in den Zeiten des Aufschwunges und des Niedergangs schildert uns Oechelhäusers „Die wirtschaftliche Krisis, Berlin 1876". Hierin liegt der Hauptwert des Buches. Die Erörterung der Ursachen ist nicht sehr ergebnisreich, die Vorschläge mannigfacher Reformen waren für jene Zeit wichtiger als für uns,

Oechelhäuser ist Freihändler und Optimist, wie Wirt und der gleich zu nennende Berliner, aber vorurteilslos, freier als besonders der letztere, ein guter Beobachter. Der Anhang seines Buches enthält in den „Tabellen über die Dividenden- und Kursbewegung an der Berliner Börse“ ein Denkmal jener Zeit, das uns die mühsame Benutzung des Kurszettels erspart.

A. Berliner ist vollständig Tendenzschriftsteller. Volle wirtschaftliche Freiheit werde die Krisis lindern. Die Darstellung der Spekulationszeit und des Krachs bietet uns nichts Neues. Berliner betont und ist stolz darauf, dies entdeckt zu haben, dass die Wurzeln des Uebels bis in die 1860er Jahre hinein zu verfolgen wären, was zwar richtig, aber auch wohl nie bestritten ist.

Auch Stöpel ist Verfasser einer Parteischrift, doch steht „Die Handelskrisis in Deutschland“, Frankfurt 1875, weit höher als die Schrift von A. Berliner. Stöpel weist gut nach, dass eine allgemeine Ueberproduktion im Jahre 1873 nicht vorlag, dass erst die Verminderung des Konsums als Folge der Krisis die Waren unverkäuflich gemacht habe. Zweck des Buches ist die Agitation für Schutzzölle, welche ein Mittel zur Heilung der gegenwärtigen Krise, ein Vorbeugungsmittel für spätere Krisen seien.

Endlich nennen wir noch drei Bücher, die über die Spekulationsära und die Krisis geschrieben sind. Otto Glagau verfasste „Der Börsen- und Gründungsschwindel in Berlin“ 1876 und „Der Börsen- und Gründungsschwindel in Deutschland“ 1877, Rud. Meyer schrieb: „Politische Gründer und die Korruption in Deutschland“ 1877. Glagau hat die Absicht, Missstände aufzudecken, und erreicht mit seinen zwei Bänden dieses Ziel in hervorragendem Masse. Aber er schiesst über dies Ziel hinaus, indem er einwandsfreie Unternehmungen beargwöhnt, hohe Beamte und Minister zu Betrügern gemeinster Art stempelt. Seine Bücher bieten viel wertvolles Material, tragen fleissig Details zu-

sammen, die, vorsichtig benutzt, dem Historiker wichtig sein können, ja eigentlich unentbehrlich sind. Glagau ist konservativ und extremster Antisemit, gegen Juden und Berufsnationalökonomen so voreingenommen, dass er unfähig ist zu einer ruhigen Beurteilung der Entwicklung. Die Diktion seiner Schriften, besondern die der ersten, ist glänzend.

Glagau nahestehend, aber an Indiskretion und Schmähsucht ihn weit übertreffend, schrieb Meyer sein schon genanntes Buch. Der Inhalt des nicht uninteressanten Schriftchens ist durch einen Satz auf Seite 203 bezeichnet. „Es ist ein arges Regiment, unter dem wir leben. Sein Name aber ist Bismarck." Ziel des Verfassers ist „Beseitigung des jetzigen Systems und seines Trägers". Ein übertriebener kirchlicher Standpunkt und aufdringlicher Patriotismus machen die Lesung des Buches peinlich. Diese ist aber dem Historiker nicht unnützlich, besonders da er dort oft die ja nicht überflüssigen Bestätigungen Glagauscher Details findet.

Da die Krisis von 1873 nicht nur eine deutsche, sondern auch eine internationale war, müssen von ihrem Darsteller auch die Geschichten der Krisen des Auslands gekannt werden. Josef Neuwirths: „Die Spekulationskrisis von 1873", Leipzig 1874, behandelt die Wiener Verhältnisse sehr gut. Sie geht auf deutsche Dinge nicht ein, aber lange Passus dieser Schrift könnte man bei der Charakteristik der Berliner Verhältnisse einfach abschreiben. Ueber Vorgeschichte und Ursachen der Krisis berichtet er weniger, als über die Politik der Regierung ihr gegenüber, als über die „Staatshilfe"; „die Therapie" und die „Lehren aus der Krisis" nehmen viel Raum weg, den wir Historiker dem Abschnitt „Pathologisches und Physiologisches" gönnen möchten.

M. Tugan-Baranowsky berührt in seinen vorzüglichen „Studien zur Theorie und Geschichte der Handelskrisen in England" die kontinentale Krisis von 1873 kurz. Dennoch ist seine Lektüre dem Historiker der deutschen Krisen nicht nur interessant, sondern auch sehr nützlich.

Neben diesen Darstellungen besitzen wir eine Reihe von Denkmälern aus jener Zeit, die uns mehr oder weniger sichere Kunde von ihrer Geschichte geben. Da ist zunächst der Kurszettel ein sicherer Führer, in ihm tauchen neue Namen auf, zum Teil um bald wieder zu verschwinden; er zeigt uns die Kurs- und Dividendenbewegungen der Effekten und damit die Bewegung des ganzen Wirtschaftslebens. Ferner stehen uns Statistiken mancherlei Art zur Verfügung, besonders solche von Banken und Aktiengesellschaften. Die Einfuhr- und Ausfuhr-Statistik lag in jenen Jahren des Freihandels arg darnieder. Endlich müssen wir einen Blick auf die Zeitungen werfen. Sie müssen mit grosser Vorsicht gelesen werden, sind jedoch nicht zu entbehren. Die in jener Zeit zahlreichen Börsenzeitungen gelten fast alle für bestochen, von den grossen Tagesblätter werden die Frankfurter und die Nationalzeitung am meisten empfohlen. Leider stand die erstere uns nicht zur Verfügung, letztere haben wir neben der Kreuzzeitung benutzt. Es war uns bekannt, dass auch gegen den Handelsredakteur der Nat.-Ztg. Anklagen erhoben wurden, die ihn veranlassten, von der Redaktion zurückzutreten; doch glaubten wir seine Wochenberichte als ungefälscht betrachten zu können.

Eine Mittelstellung zwischen den erst besprochenen Darstellungen nehmen die zahlreichen Publikationen in periodischen Zeitschriften ein, die meistens aber Einzelfragen behandeln und uns jetzt nicht mehr beschäftigen sollen.

Einleitung.

Παντα ῥει war das Ergebnis, zu dem der alte Philosoph geführt wurde, der unermüdlich das Wesen der Dinge und den Lauf der Welt studiert hatte. *Παντα ῥει* sagen auch wir jetzt Lebenden, die wir uns bemühen, die Welt und was auf ihr vorgeht zu begreifen. Wir sind davon abgekommen, nach Art unserer Vorväter die Dinge in ihrer Einzelnatur verstehen zu wollen, wir suchen sie in ihrem Zusammenhang, in ihren Wechselwirkungen zu erfassen. Die Welt ist uns nicht mehr eine Vielzahl von Einzelerscheinungen, die wir nur einzeln erkennen und höchstens von verschiedenen Gesichtspunkten aus rubrizieren können, sondern ein weites Meer durcheinanderflutender Wogen, wo es nur gelten kann, Gesetze zu finden für das Auf- und Abwallen der Elemente, die Gründe zu finden für die Umformungen der Einzelerscheinungen.

Das ist der Gesichtspunkt, unter dem wir auch die Geschichte studieren. Gewiss gilt es, die Einzelbilder, die sie uns zeigt, sehr genau betrachten und fest einprägen. Doch soll das nicht geschehen ausschliesslich aus Freude an bunten Farben oder interessanter Zeichnung, so berechtigt diese auch ist. Vielmehr soll nie als ein höherer Gesichtspunkt das Bestreben ganz zurücktreten, durch die Kenntnis der Geschehnisse das Geschehen selbst zu erfassen, einen Blick in die Gesetze zu tun, nach denen „alles fliesst“, was uns an Gebilden stofflicher oder gedanklicher Art entgegen tritt. Dann, wenn wir begonnen haben, den Zusammenhang der

Einzelerscheinungen zu ahnen, können wir hoffen, die Erscheinungen selbst richtig zu würdigen.

Ein unaufhörliches Gewoge ist uns die Weltgeschichte. Da gibt es keine Bewegung, die ununterbrochen fortliefe. Keine aufsteigende Entwicklung eines aufblühenden Staates wie des brandenburgisch-preussischen vollzieht sich in gerader Linie; häufig sehen wir die im ganzen doch aufsteigende Entwicklungslinie in horizontale, ja in absteigende Richtung abgelenkt. Ebenso sehen wir die geistige Entwicklung eines Volkes nie in einem andauernden Fort- oder Rückschritt begriffen, ihre Linie ist nicht als eine gerade, eher als eine Wellenlinie aufzufassen. Ganz die gleiche Bemerkung machen wir bei der Betrachtung des wirtschaftlichen Lebens, nur ist die Erscheinung hier stärker ins Auge fallend. Seit zwei Jahrhunderten hat sich die Volkswirtschaft in den Kulturstaaten Europas und Amerikas in glänzendster Weise entwickelt. Keine uns bekannte Periode der Weltgeschichte zeigt bei so geringem Umfange einen so enormen wirtschaftlichen Aufschwung. Aber dennoch: Keine Zeit der Geschichte, keine Staaten der Welt waren so überreich an heftigen Stockungen des Wirtschaftslebens, wie diese Staaten, diese Zeit.

Nicht die grosse Aufwärtsbewegung soll in der folgenden Arbeit betrachtet werden, sondern ein Wellental; eine Unterbrechung der wirtschaftlichen Entwicklung, eine Krisis wird Gegenstand der Untersuchung sein.

Wir haben die Krisis vom Jahre 1873 gewählt, weil sie uns in ihrem Verlaufe als die grossartigste, in ihren Folgen als die furchtbarste, nach ihren mannigfachen Ursachen als die interessanteste erschien. Unseren oben entwickelten Grundsätzen folgend, werden wir uns bemühen, die Krisis in ihrem Zusammenhange mit der gesamten Wirtschaftsgeschichte zu würdigen, unsere Betrachtung nicht auf ihre letzten, mehr zufälligen Ursachen zu beschränken. Sie hat manches gemeinsam mit den vielen anderen Krisen, die uns

zur Vergleichung zur Verfügung stehen. In anderen Punkten dagegen trägt sie ganz individuelle Züge. Sie ist daher einmal zu betrachten als Typus einer Krisis überhaupt, dann aber muss sie in einer Eigenart verstanden werden, die sie mit den englischen Krisen des zweiten Viertels des neunzehnten Jahrhunderts teilt. Sie stellt nämlich den beschleunigten Abschluss einer fünfundzwanzigjährigen Entwicklung dar, ist das nächste Resultat der sich von 1848—1873 vollziehenden Umbildung der deutschen Volkswirtschaft, ist die Kriegskontribution, die der Kapitalismus bei seiner Eroberung des deutschen Vaterlandes erhob. Nachdem wir so die Wirtschaftskrisis in ihrer allgemeinen Bedeutung gewürdigt, nachdem wir die Krisis von 1873 in ihrer Stellung in der deutschen Wirtschaftsgeschichte betrachtet haben werden, wollen wir uns im zweiten Teile der Arbeit den Verlauf derselben klar machen, im dritten Teile endlich einige Momente besprechen, die häufig mit Unrecht als alleinige Ursachen der Krisis betrachtet werden, tatsächlich wenigstens ihre Tragweite vergrösserten, ihre Erscheinungsform bedingten, wir meinen das mangelhafte Aktienrecht, die französische Kriegskostenzahlung usw.

Erstes Kapitel.

Erster Abschnitt: Zur Theorie von den Wirtschaftskrisen.

Gute und schlechte Zeiten hat es immer gegeben, finden wir bei den Völkern aller Kulturstufen. Bei dem Urmenschen, der ohne festen Wohnsitz von dem lebt, was er in Wald und Feld und Bach findet und erbeutet, wechselt von Tag zu Tag die Lebenshaltung. Das macht ihn wirtschaftlich, er sucht sich dauernd mit dem zu versorgen, was er braucht. Aber wichtige Teile seiner Nahrung muss er sich täglich auch weiterhin verschaffen, gute und schlechte Zeiten wechseln für ihn nach dem Zufall, nach der Jahreszeit.

Im geschlossenen Agrarstaat machen sich die Verschiedenheiten in der der Volkswirtschaft zur Verfügung stehenden Gütermenge alljährlich bemerkbar. Die Ernte zeigt an, was im nächsten Jahre konsumierbar ist; jedes Jahr ist das verschieden viel. Ein zeitlicher Ausgleich zwischen guten und schlechten Jahren ist nur in beschränktem Masse möglich. Eine kurze Reihe schlechter Ernten führt daher zur Hungersnot, mehrere gute Ernten entwerten das Getreide. Der Mangel an Verkehrsmitteln und einer Handelsorganisation macht einen Ausgleich zwischen Ländern mit verschiedenem Ernteausfall unmöglich.

Die verkehrswirtschaftlich organisierte Volkswirtschaft kennt ebenfalls einen Wechsel guter und böser Jahre. Aber der ist ganz anders geartet, wie der in der unorganisierten Volkswirtschaft oder im Agrarstaat. Dort wurde er verur-

sacht durch die Tatsache, dass die Natur reichlicher oder knapper ihre Gaben bot. In der modernen Volkswirtschaft mit ihren Verkehrsmitteln und ihrem Handel können Ernteausfälle eines Landes durch die Ernten anderer Länder ausgeglichen werden. Gibt es doch fast keine Zeit des Jahres, in der nicht irgendwo auf der Welt geerntet würde. Was die Natur dem Lande jährlich bietet, ist immer noch von grosser Bedeutung; aber die Erfahrung zeigt, dass das Auf- und Nieder des heutigen Wirtschaftslebens nur zu einem beschränkten Teile davon abhängt. Da ist es erklärlich, dass die politische Oekonomie seit ihrer Begründung versuchte, sich über das Wesen der modernen Erscheinung der Krisen zu unterrichten. Forderten diese doch zum Studium heraus, indem sie, in kurzen Abständen aufeinanderfolgend, tief einschnitten in das gesamte Wirtschaftsleben, fast jeden Haushalt empfindlich berührend. Sie bildeten eine Erscheinung, die in England seit 1815 regelmässig in Abständen von gut 10 Jahren wiederkehrend, ziemlich gleichmässig verlief, in ihren scheinbaren äusseren Ursachen aber sich nie gleich war und jedesmal sich anders motivieren liess. Da musste es reizen aufzufinden, was die Krisen der modernen, verkehrswirtschaftlich organisierten, kapitalistischen Volkswirtschaft mit einander gemeinsam hätten, aus welchen tieferen gemeinsamen Ursachen sie entsprängen. Man begann mit Aufmerksamkeit die Krisen zu vergleichen, ihre zufälligen Besonderheiten zu übersehen, ihren typischen Verlauf zu ermitteln. Vorzüglich finden wir diesen dargestellt bei Engels, der in „Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft“ S. 262 schreibt: „Der Verkehr stockt, die Märkte sind überfüllt, die Produkte liegen da, ebenso massenhaft wie unabsetzbar, das bare Geld wird unsichtbar, der Kredit verschwindet, die Fabriken stehen still, die arbeitenden Klassen ermangeln der Lebensmittel, weil sie zu viel Lebensmittel produziert haben, Bankrott folgt auf Bankrott, Zwangsverkauf folgt auf Zwangsverkauf. Jahre-

lang dauert die Stockung, Produktivkräfte und Produkte werden massenhaft vergeudet und zerstört, bis die aufgehäuften Warenmassen unter grösserer oder geringerer Entwertung endlich abfliessen, bis Produktion und Austausch allmählich wieder in Gang kommen. Nach und nach beschleunigt sich die Gangart, fällt in Trab, der industrielle Trab geht über in Galopp, und dieser steigert sich wieder bis zur zügellosen Karriere einer vollständigen industriellen, kommerziellen, kreditlichen und spekulativen Steeple-chase, um endlich nach den halsbrecherischen Sprüngen wieder anzulangen im Graben des Kraches."

Die Stellungnahme der bedeutendsten Nationalökonomen zu dieser Erscheinung des modernen Wirtschaftslebens hat von Bergmann in einer kritischen Dogmengeschichte der Krisentheorien eingehend dargetan. An der Hand seines Buches sei nur das hervorgehoben, was uns zur eigenen Beurteilung Material zu geben scheint.

Die klassische Nationalökonomie lehrt, dass der Gesamtumfang der Produktion dem Gesamtumfang der Nachfrage mit Naturnotwendigkeit gleich seln müsse. Ueberangebote und Absatzstockungen können nur Folgen einer fehlerhaften Verteilung der Produktivkräfte auf die verschiedenen Zweige sein; sie müssen — nach Turgot — bei der Herrschaft wirtschaftlicher Freiheit schwinden. Es muss der Gesamtumfang von Produktion und Nachfrage gleich sein, denn — so führt Mill aus — die Erzeugnisse eines Volkes, seine Produkte, bilden ja die Kaufkraft, die Kaufkraft aber die Nachfrage einer Nation. Eine allgemeine Ueberproduktion als Ursache der Wirtschaftskrisen ist undenkhar; wohl aber kann der Irrtum dazu treiben, einen Produktionszweig zu stark zu poussieren, was eine Minderproduktion auf anderen Gebieten bedeutet, und die Unmöglichkeit eines Ausgleichs, eine Krise, erzeugt. Die Menschen irren in der Produktion, ein Mangel an Nachfrage existiert nicht (Ricardo). Die wirtschaftliche Freiheit aber kann und muss die Pro-

duktionskräfte der richtigen Verwendung zuführen, die Gesellschaft selbst wird durch volle wirtschaftliche Freiheit sich von dem so lästigen Uebel der Krise befreien, das jede staatliche Beschränkung des Erwerbslebens nur verschärft.

Richtig erscheint an diesem Gedankengang, dass unmöglich ein Reichtum an Mitteln zur Versorgung, dass eine anhaltende starke Produktion ein Volk arm machen kann. Sicher ist, dass bei einer vernunftgemässen Verteilung der Produktionskräfte auf alle Produktionszweige auch bei starkem Produzieren eine „Ueberproduktion“ und in ihrem Gefolge eine Wirtschaftskrise nicht eintreten kann. Jedoch hat die Geschichte gelehrt, dass die wirtschaftliche Freiheit nicht zur vernunftgemässen Produktion führt, hat gezeigt, dass der Mann, der seinem eigenen Vorteil folgt, dadurch nicht das Wohl der Allgemeinheit zu fördern braucht. Die Solidarität aller berechtigten Interessen ist eine fromme Sage.

Mill, Say, Rikardo stehen mit ihren Ansichten über die Wirtschaftskrisen Sismondi und Malthus gegenüber, indem sie die von den Freihändlern geleugnete Ueberproduktion behaupten. Sismondi legt die Bedeutung der Güterverteilung für die Existenz und Entwicklung der gesamten Volkswirtschaft dar: Er glaubt an die Möglichkeit einer Ueberproduktion in dem Falle, dass die Einkommensverteilung derart ungleich ist, dass die unteren Klassen nicht kaufkräftig sind, die oberen Klassen aber ausser Stande, ihr Einkommen ganz zu verzehren, gezwungen sind, immer neues Produktionskapital zu schaffen. Eine möglichst gleichmässige Einkommensverteilung kann nach ihm das Eintreten von Ueberproduktionskrisen verhüten.

Sismondi nahestehend, ihn aber an Pessimismus übertreffend, lehrt Malthus die Notwendigkeit einer periodischen Ueberproduktion. Die gewerbliche Unternehmerklasse entzieht jährlich dem Konsum einen grossen Teil ihres Einkommens und macht ihn zum Produktionskapital. Die Folge dieses alljährlich wiederkehrenden Prozesses ist ein Sinken

des Kapitalgewinnes bis auf so niedrigen Stand, dass der Antrieb zu weiterer Kapitalbildung fehlt. Auf die Ueberkapitalisation folgt ein Stillstand in der Kapitalbildung, auf die Ueberproduktion eine Wirtschaftskrisis. Die Tendenz des Kapitalgewinnes, auf ein Minimum zu sinken, ist nach Malthus der Grund dieser Krisen.

Richtig ist die Entdeckung Malthus', dass der Kapitalgewinn die Tendenz habe, auf ein Minimum zu sinken. Richtig ist auch, dass sich diese Bewegung oft ruckweise vollzog, dass die Verminderung so gross war, dass eine Hebung wieder eintreten musste. Nicht richtig ist aber, dass dies so sein muss. Wohl können wir hoffen, dass diese Bewegung ohne Unterbrechung und gleichmässig, daher ohne Störung der Produktions- und Absatzverhältnisse erfolgen werde. Voraussetzung dazu freilich wäre die vernunftgemässe Verwendung des neu geschaffenen Kapitals in den einzelnen Produktionsgebieten, die der freie Wettbewerb nicht herbeizuführen versteht, wie die Geschichte gezeigt hat.

An die dargelegten Gedankengänge knüpft die heute vorherrschende sozialistische Theorie der Krisen an. Während sie ursprünglich stärker der Sismondischen Anschauung folgte und die Notwendigkeit der Krisen aus der ungleichen Verteilung sowie daraus, dass der „Mehrwert“ durch die Unternehmerklassen zum grossen Teile kapitalisiert werde, ableitete, stellt sie jetzt in den Vordergrund die Ansicht, dass die Krisen aus der Regellosigkeit der heutigen Produktion entspringen. Dieser sozialistischen Doppelerklärung der Krisen folgen die meisten der neueren bürgerlichen Nationalökonomen. Die mangelhafte Organisation unserer Produktion und die herrschende Einkommensverteilung, die die volle Entfaltung eines starken und stetigen Massenkonsums verhindert, sind nach sozialistischem wie nach bürgerlichem Urteil die beiden Ursachen der Wirtschaftskrisen.

Die Folgerungen aus jener einen Erklärung der Krisen sind aber verschieden. Die Sozialdemokraten verlangen die Abschaffung der privatkapitalistischen Wirtschaftsorganisation, weil die Krisen mit ihr untrennbar verbunden seien. Manche bürgerlichen Nationalökonomen glauben zwar auch an die Unmöglichkeit, die Produktion zu regeln und die Krisen schwinden zu sehen, wünschen aber nicht die Ersetzung der heutigen Organisation der Volkswirtschaft durch die sozialistische, weil sie dieselbe nur zum Teil für zu verwirklichen und in ihren Folgen für die Kultur für gefährlich halten. Eine dritte Richtung — und ihr folgen wir — hält zwar eine völlige, prinzipielle Regelung der Produktion für nicht möglich, sieht aber „eine partielle Abhilfe in einer partiell möglichen planmässigen Regelung der Produktion".[1]

Die letzten Jahrzehnte haben schon Fingerzeige gegeben, in welcher Richtung voraussichtlich sich die Bewegung vollziehen wird, die zur Regelung der Produktion, zur Stetigkeit der Konsumfähigkeit der unteren Schichten, damit zur Möglichkeit einer gleichmässigen, von starken Stockungen nicht unterbrochenen, gesegneten wirtschaftlichen Entwicklung führt.

Die Regellosigkeit der Produktion soll mit ihrer privatkapitalistischen Organisation untrennbar verbunden sein, sagt man, doch nur bis zu gewissem Grade mit Recht. Vergegenwärtigen wir uns hier einmal das Wesen des Kapitalismus. Wir nennen so eine Wirtschaftsweise, in der die kapitalistische Unternehmung herrscht. Diese hat den Zweck, ein Sachvermögen (Kapital) durch eine Summe von Vertragsabschlüssen über geldwerte Leistungen und Gegenleistungen zu verwerten. Von irgend welchen Beziehungen auf lebendige Persönlichkeiten ist bei der Bestimmung des Zweckes keine Rede. Der Zweck der kapitalistischen Unternehmung ist nicht die Befriedigung des Bedarfes einer Per-

1. Wagner, Grundlegung II 1894 S. 147/8.

son. Ihr Zweck ist nur die bestmögliche Verwertung des Kapitals, also rein abstrakt. (Nach Sombart, die deutsche Volkswirtschaft im 19. Jahrhundert. S. 76 ff.)

Der kapitalistische Unternehmer ist nur „der Repräsentant des Sachvermögens" — unwillkürlich denkt man bei diesem Ausdruck an die Aktiengesellschaft, die Verkörperung des Kapitalismus. Nicht auf des Unternehmers — z. B. Aktionärs-Können kommt es an, sondern auf „die durch Nutzung des Sachvermögens ausgelösten Kräfte und Fähigkeiten beliebig anderer Personen". Nicht das Gewinnstreben eines Mannes, eine „höchst persönliche Seelenstimmung", ist ein Agens der Wirtschaftsführung. Die Verwertung des Sachgütervorrats erscheint objektive Notwendigkeit, der Erwerbstrieb ist so objektiviert.

Wie der Zweck der kapitalistischen Unternehmung abstrakt, nämlich nur auf Verwertung des Kapitals gerichtet ist, so ist er auch unbegrenzt und kennt nicht die festen Schranken, durch welche die Produktion für feste Kunden eingeengt ist. Der kapitalistische Unternehmer ist Produzent für den Markt, in unseren Verhältnissen besonders für den Weltmarkt. Diesen zu überblicken, seinen Bedarf abzuschätzen, ist der einzelne ausser Stande. Jede Berechnung bleibt nur eine Spekulation. Mag sich auch der Gesamtumfang der Nachfrage auf einem Gebiete abschätzen lassen, die Konkurrenz ist unvoraussehbar. Welchen Teil der Gesamtproduktion der Unternehmer auszuführen hat, unterliegt seiner sehr unsicheren Schätzung. Eine Ueberschätzung dieses Anteils liegt sehr nahe, da die stärkste Produktion vorläufig die beste Kapitalsverwertung ist. Sie muss aber zu einer Ueberproduktion führen, welche mit einer Krisis abschliessen kann.

Gegen dieses Uebel scheint es ein Mittel zu geben: Die Verbindung aller Unternehmungen eines Produktionsgebietes zum Zweck einer Regelung der Produktion, einer Anpassung derselben an den statistisch zu ermittelnden Ge-

samtbedarf und einer Verteilung der Gesamtnachfrage an die einzelnen Unternehmer. Mit anderen Worten, das Kartell, der Trust, scheint berufen, der Anarchie in der Produktion der einzelnen Industriezweige zu steuern. Durch Herstellung eines ruhigen Gleichgewichts innerhalb ihrer einzelnen Zweige wird die Gesamtproduktion der Volkswirtschaft in die Möglichkeit einer gleichmässig fortschreitenden Entwicklung gebracht.

Ein zweites Mittel, eine ruhig fortschreitende Entwicklung zu erzielen, bilden die gesamten staatlichen Massnahmen, die wir unter dem Namen sozialpolitische zusammenfassen. Wenn erst einmal, und darauf geht doch wohl die Entwicklung hinaus, zu den heutigen wohltätigen Gesetzen die Witwen- und Waisenversorgung, sowie die Arbeitslosenversicherung hinzutreten, ist eine gewisse Garantie für einen kräftigen und vor allem stetigen Konsum geboten. Besonders die Arbeitslosenversicherung, zu welcher eine kartellierte Industrie nach Schäffles Ansicht heranzuziehen wäre, ist imstande, etwaige Krisen abzuschwächen, indem nach ihrer Einführung nicht mehr wie früher gerade dann eine Minderkonsumtion eintreten wird, wenn nur durch gleichbleibenden Warenverbrauch eine eingetretene Ueberproduktion überwunden werden kann. Den Gewerkschaften, an die sich möglicher Weise einmal auch die Arbeitslosenversicherung anlehnen wird, wird ein grosser Teil der Aufgabe zufallen, die breiten Schichten der Arbeiterklasse zu starken und beständigen Konsumenten zu machen, obwohl sie vorläufig etwas ausschliesslich die erste Seite dieser Aufgabe betonen.

Wie durch seine sozialpolitischen Massnahmen kann der Staat zu einer Regelung des Wirtschaftslebens beitragen, wenn er wichtige Zweige desselben in die Hand nimmt. Mit grossem Erfolge hat das deutsche Reich das Zettelbankwesen der privaten Unternehmung entrissen und in eigene Hand genommen. Der preussische Staat besitzt ein umfang-

reiches Eisenbahnnetz und Erz- und Kohlenbergwerke. Namentlich der vergrösserte Besitz an letzteren würde ihn in den Stand setzen, regelnd und vermittelnd in das Wirtschaftsleben einzugreifen. Die von Wagner seit Jahren geforderte Einengung des Gebietes der Aktiengesellschaften, die wir nur erwähnen wollen, würde ebenfalls Hemmnisse einer ruhig fortschreitenden Entwicklung forträumen.

Kartelle und Sozialpolitik, Staatsunternehmung und Gewerkschaftsbewegung, das sind die Momente, die, wie wir hoffen, hinausführen werden aus der noch herrschenden Anarchie der Produktion. Einen Wechsel guter und schlechter Zeiten wird es freilich immer geben, Kriege werden den Volkswohlstand zerrütten, Habsucht und Betrug werden Unglück stiften. Das liegt im Wesen der menschlichen Dinge. Soweit aber die Krisen als Produkt und Charakteristikum der herrschenden Wirtschaftorganisation aufzufassen sind, können sie, wie wir es in den letzten Dezennien, besonders in England, sahen, abgeschwächt werden dadurch, dass die wirtschaftliche Bildung der einzelnen sich hebt — die von freihändlerischer Seite hieran geknüpften Hoffnungen sind allerdings übertrieben —, dadurch, dass die Produktion wenigstens partiell geregelt wird, dadurch, dass Staatsfürsorge und Selbsthilfe einen starken und beständigen Konsumentenstand bilden. Dem Kapitalismus danken wir die hereingebrochenen Krisen, sie sind aber nicht mit seinem Wesen, nur mit den heutigen Rechtsgrundlagen und Formen desselben eng verbunden. Auch unter der Fortdauer des Kapitalismus können die Krisen demnach zurückgehen.

Oder meint man, eine Volkswirtschaft mit gebundener Produktion und den angeführten sozialen Reformen sei keine kapitalistische mehr? Wir meinen doch, dass sie es sei, solange das Produktionskapital vorzugsweise in Privathänden ist, solange wir „eine Rechtsordnung haben, welche Privateigentum an Produktionsmitteln und Renten und Zinsbezug daraus anerkennt, solange das Kapital .... als Pro-

duktionsmittelvorrat .... die Gestalt .... des Besitzes der Privatpersonen annimmt.[2]

Allerdings ist andererseits richtig, dass möglicherweise Regelung der Produktion und Sozialpolitik die Wege bezeichnen, auf denen unsere moderne Volkswirtschaft aus ihrer kapitalistischen Epoche heraustritt und in einen anderen Zustand übergeht, von dem wir nichts wissen, wie er sein wird, als dass er mit dem „Zukunftsstaat" der Sozialdemokraten sehr wenig gemein haben wird. Vor 30 Jahren prophezeite Adolf Wagner,[3] es werde, wie das 16. Jahrhundert das Kirchenrecht, das 18. das Staatsrecht revolutioniert habe, das ausgehende 19. und 20. Jahrhundert berufen sein, das Eigentumsrecht zu reformieren. Zum Teil ist schon heute die Richtigkeit der Voraussage bestätigt, ihre weitere Erfüllung ist zu erhoffen. Der Staat hat tief hineingegriffen in die Rechte des Kapitalbesitzers. Im Verfolgen seiner privatwirtschaftlichen Ziele sind ihm zahlreiche Beschränkungen auferlegt, wo es Volksmoral oder Volksgesundheit erfordern. Er darf sein Kapital am Feiertage nicht arbeiten lassen, muss rechtzeitig seine Arbeiter entlassen, muss diesen ohne Berücksichtigung seiner Unkosten würdige Arbeitsstätten und Arbeitsbedingungen gönnen und wird obendrein zur Alters- und Invaliditätsversicherung herangezogen. Bis in die Familie greift der Staat, schwachen Kindern die Arbeit wehrend, die sie selbst elend macht, den Vätern das Brot nimmt. Welche Umwandlung in der Stellungnahme des Staates gegenüber dem Besitze, dem Erwerb, in kaum sehr viel mehr als dreissig Jahren!

Noch wichtiger aber ist die Wandlung in der Stellungnahme der öffentlichen Meinung zu den Fragen des Besitzrechts und der Sozialpolitik. Erkannte man früher eine über die vertragsmässige Verpflichtung hinausgehende Fürsorge

---

2. Wagner, Grundlegung I 1892 S. 316/7.
3. „Unsere Münzreform" in Holzendorff's Zeit- und Streitfragen.

des Arbeitgebers für seine Leute als eine Wohltat an, so fordert man sie heut von ihm als seine Pflicht und Schuldigkeit; selbst Aktiengesellschaften, diese Wesen ohne Herz und Seele, können sich der Bewegung nicht entziehen. Unter dem Eindruck der öffentlichen Meinung beantragen die Direktoren, bewilligen die Aktionäre Ausgaben im Sinne sozialer Fürsorge.

Kein Zweifel kann sein, wir befinden uns mitten in einer Bewegung, welche das Besitzrecht ändert. Nach Recht und Sitte ist der Kapitalbesitzer gebunden in der Verwertung seines Besitzes. Er ist nicht mehr in dem Grade Herr über ihn und über die auf demselben beruhende Produktion wie vor 30 Jahren. Wie wird die Bewegung weitergehen? Wir glauben nicht an die Verwirklichung sozialdemokratischer Ideale. Wir glauben aber auch in keinem Punkte an ein Stillstehen in der Entwicklung, also auch nicht in der der Rechtsgrundlagen der Volkswirtschaft. Es ist möglich, wir können es hoffen, dass sich die Weiterentwicklung so vollziehen wird, dass auf unsere heutige Epoche voll Unsicherheit eine bessere folgt.

Aber auch in der heutigen privatkapitalistisch organisierten Volkswirtschaft kann es besser werden. Wenn Produzenten und Konsumenten gemeinsame Interessen gemeinsam vertreten, die Produktion und den Konsum der heutigen Unsicherheit entreissen, wenn der Staat kräftig die Interessen der Gemeinheit geltend macht, glauben wir an ein allmähliches Schwinden der Wirtschaftskrisen, die zwar Folgen und Begleiterscheinungen der kapitalistischen Wirtschaftorganisation waren, es aber nicht notwendig bleiben brauchen.

Wollen wir schliesslich unsere Ansicht über die modernen Krisen in einige Thesen zusammenfassen, können wir sagen:

1. Absolute Ueberproduktion ist unmöglich.
2. Krisen werden bedingt durch die herrschende Re-

gellosigkeit der Produktion und die zu schwache und besonders zu unbeständige Massenkonsumtion.

3. Diese beiden Gründe entstammen zwar dem Kapitalismus, können aber auch ohne dessen Abschaffung auf ein Minimum sich reduzieren.

4. Es ist Grund zu der Hoffnung vorhanden, dass die Kulturländer in Zukunft nicht mehr so viel durch Krisen leiden werden, wie in der Vergangenheit.

Zweiter Abschnitt. Besitznahme Deutschlands durch den Kapitalismus.

Die Grundlagen der gesamten deutschen Volkswirtschaft sind im 19. Jahrhundert andere geworden. Zwar das Land, der Grund und Boden, die nächste Voraussetzung wirtschaftlichen Lebens, blieb sich im wesentlichen gleich. Deutschland ist kein überreiches Land; nur der eifrigen harten Arbeit gelingt es, dem Sandboden Frucht abzuringen. Das fruchtbare Land der Marschen ist wenig verbreitet. Dadurch hat die Natur des Landes seine Bewohner an schwere Arbeit gewöhnt und zu starken ausdauernden Menschen gemacht. — Lange gab das deutsche Land nicht viel mehr her, als spärliche Früchte des Feldes. Seit neuerer Zeit aber haben seine Bewohner in ihm früher fast unbekannte Schätze entdeckt. Grosse Reichtümer an Kohlen und Mineralien haben in neuerer Zeit Millionen von Arbeitern genährt und zur Bildung eines grossen Nationalbesitzes an Produktionskapital geführt. So ist das Land zwar im Laufe der Zeit dasselbe geblieben, aber es hat in neuerer Zeit Eigenschaften enthüllt, Reichtümer gezeigt, von deren Vorhandensein oder doch

Grösse man nichts geahnt hatte. So wurde es ermöglicht, dass die auf das Land gegründete Volkswirtschaft eine andere wurde im Laufe des 19. Jahrhunderts. Die Revolution der Volkswirtschaft war möglich, weil ihre Grundlage, das Land, die Bedingungen für die Umwälzung stets in latentem Zustand besessen hatte.

Alle übrigen Grundlagen der Volkswirtschaft sind im 19. Jahrhundert verändert. Der Träger des wirtschaftlichen Lebens, die Bevölkerung ist eine andere geworden. Während im Jahre 1816 die Gesamtbevölkerungszahl auf dem Gebiete des heutigen deutschen Reiches rund 24 Millionen betrug, belief sie sich im J. 1871 auf nahezu 40 Millionen. Das bedeutet eine Steigerung um mehr als 60 %. Ein halbes Jahrhundert äusseren Friedens mag mit die Ursache dieses enormen Bevölkerungszuwachses gewesen sein, der in seinen Folgen für die Wirtschaftsgeschichte so bedeutsam war. Förderlich war er insofern, als er eine Vermehrung der Arbeitskräfte bedeutete. Aber es ist nicht zu übersehen, und es hat manchem Staatsmann Sorgen gemacht, dass der neue Arbeiter ein starker Konsument war. Und da nicht in Deutschland allein, sondern in allen Kulturstaaten Europas die Bevölkerung wuchs, war ein Ausgleich nicht recht möglich. Die Folge war der Uebergang der bisher meist noch recht extensiv betriebenen Landwirtschaft zum intensiveren Betrieb. Mochte sie dadurch auch viel Kapital und Arbeitskraft an sich ziehen, so blieb doch noch genug Arbeitskraft frei, die Beschäftigung suchte. Durch die vergrösserte Rentabilität der Landwirtschaft, auch durch andere Ursachen, entstand neues Kapital. Das Vorhandensein von Kapital und Arbeitskraft einerseits, der mit der Zunahme der Bevölkerung steigende Bedarf der Volkswirtschaft andererseits,ermöglichten die Weiterentwicklung von Gewerbe und Industrie. Dass der Anstoss, den Napoleon der deutschen Industrie durch die Kontinentalsperre gab, eine so nachhaltige, sich von Jahrzeht zu Jahrzeht steigernde Wirkung hatte, wurde nur er-

möglicht durch die starke Bevölkerungsvermehrung. — Die Bewohnerzahl des platten Landes kann nicht sehr schwanken. Ohne Veränderung der landwirtschaftlichen Besitzverteilung oder Technik ist der Spielraum zwischen dem Minimalbedarf an Arbeitskräften und der höchsten Personenbeschäftigung ein kleiner. Bei starkem Bevölkerungszuwachs muss das platte Land daher einen Teil seiner Bewohner abstossen. Diese müssen dann entweder das Land verlassen, müssen auswandern, oder sie wenden sich den Städten, den Sitzen der Industrie zu. Denn die Industrie hat eine an sich unbegrenzte Ausdehnungsfähigkeit; sie kann Arbeiter aufnehmen, solange irgendwo in der Welt ein lohnender Absatz sich bietet. —

Die Produktion für den Weltmarkt, die kapitalistische Wirtschaftsweise wird andererseits erst durch die Verfügung über zahlreiche, abhängige Arbeitskräfte ermöglicht. Wie sie sich nicht etablieren kann, wo kein Kapital ist, kann sie nicht erblühen, wo sie nicht über eine Armee von Arbeitern verfügt, die ohne Grundbesitz nur auf Lohnarbeit angewiesen sind. So war die Bevölkerungsvermehrung in Deutschland eine wichtige Voraussetzung für die Umbildung der Volkswirtschaft in kapitalistischem Sinne. Städtische Entwicklung, Hervortreten der Gewerbe neben dem einst alles beherrschenden Ackerbau, das sind zwei Folgen des Bevölkerungszuwachses in der Zeit 1816—1870, zugleich zwei Züge, die diese Zeit gut charakterisieren.

Die Menge der Bevölkerung eines Landes entscheidet nicht allein über den Stand seiner Volkswirtschaft. Im Gegenteil, viel wichtiger ist der Charakter der Bevölkerung, ihre Arbeitsenergie, die Form ihrer staatlichen Organisation, ihr Besitz an Anschauungen und Kenntnissen, Sitten und Gesetzen, kurz die ganze Entwicklungsstufe, die sie erklommen haben. Wir haben bisher Land und Volk als erste Voraussetzungen der Volkswirtschaft betrachtet. Wir dürfen über sie nicht vergessen die Elemente der Volkswirtschaft

geistiger Art, die wir zusammenfassen wollen unter die Ueberschriften: „Technik und Politik“.

Sie sind ihrem Wesen nach unendlich veränderlich. Im geistigen Leben gibt es keinen Stillstand, nur Weiterentwicklung, die bald als Fortschritt, bald als Rückschritt in Erscheinung tritt. — Sie haben seit den Tagen der Renaissance wichtige Umgestaltungen erfahren. Die wissenschaftlichen Entdeckungen der grossen Männer, von Kopernikus bis Siemens, gaben fortdauernden Antrieb dazu; „das Zeitalter der persönlichen technischen Routine und Meisterschaft ging in das der rationellen Bemeisterung der technischen Aufgaben durch vollendete Erkenntnis ihrer Ursachen über“.[1]

Hauptsächlich in der Zeit von 1770—1870 vollzog sich die Bereicherung der Naturwissenschaft und die Befruchtung der Technik durch dieselbe.

Da fällt in diese Zeit als Folge des Aufschwungs wissenschaftlichen Naturerkennens die ganze Reihe grosser Erfindungen, die dem 19. Jahrhundert den Namen des eisernen, des Jahrhunderts des Dampfes gegeben haben. In doppelter Weise hat diese Revolution im technischen Können auf die Volkswirtschaft umgestaltend und umbildend eingewirkt, einmal durch Umgestaltung der Industrie, sodann durch völlige Erneuerung des Verkehrslebens. Im letzten Drittel des 18. Jahrhunderts begann die grosse technische Revolution. Arkwright erfand die Baumwollspinnmaschine, Cartwight den mechanischen Webstuhl, James Watt baute die erste brauchbare Dampfmaschine. In unabsehbarer Reihe folgten weitere Erfindungen, die nicht genannt zu werden brauchen. Betrachten wir zunächst ihre Wirkung auf die Verhältnisse der Industrie. „Die Einführung des Maschinenwesens in Produktionszweige, in denen bis dahin Handarbeit herrschte, beeinflusst die Organisation der Pro-

---

1. Schmoller, Grundriss I S. 211.

duktion, den Konsum, die Lage der in der Produktion tätigen Menschen."

Aller Fortschritt der Technik bedeutet Umwege,[2] grössere Vorbereitung, Zeit und Mühe kostende Mittelglieder zwischen Absicht und Erfolg, bedeutet Vermehrung des äusseren wirtschaftlichen Apparates, der Kapitalaufwendung. Nur dann kann die neue technische Methode zur Einführung gelangen, wenn die durch sie erzielten Resultate den Aufwand als nützlich erscheinen lassen. Das aber trifft nur da zu, wo der Betrieb ein so grosser ist, dass die beschafften Maschinen voll ausgenutzt werden können. Neben dem in die Maschinen gesteckten Anlagekapital ist daher ein hohes Betriebskapital nötig. Kurz, die Einführung der Maschine, speziell Dampfmaschine in einen Produktionszweig, erfordert eine bedeutende Zurverfügungstellung von stehendem und umlaufendem Kapital; dessen grösstmöglichste Verwertung wird zum einzigen Ziele des Unternehmers; nicht mehr der Leiter der Produktion, sondern die Produktionsmittel sind Träger der Produktion. Die Fortschritte der Technik bewirken die Etablierung der kapitalistischen Wirtschaftsweise, die den Grossbetrieb begünstigt. Mit diesen Grossbetrieben können die alten Kleinbetriebe nicht, oder nur unter besonderen Verhältnissen konkurrieren. Die energische Einführung der Maschine muss daher eine Konzentration der Produktion auf Grossbetriebe bewirken und den kleinen Produzenten ihre Existenzgrundlage rauben. — Aus der alten Kundenproduktion wird dann Massenproduktion für den Weltmarkt, die natürlich nicht imstande ist, den Bedarf der Volkswirtschaften an einer bestimmten Warenart in seinem wirklichen Umfang zu erkennen; Massenproduktion für den Verkehr, also kapitalistische Produktion steht stets vor der partiellen Gefahr der Ueberproduktion, der Krisis.

---

2. Schmoller, Grundriss I S. 226.

Beides, die Notwendigkeit eines grossen Anlage- und Betriebskapitals und die gewisse Unsicherheit der Produktionsverhältnisse hat einer bis dahin seltenen Unternehmungsform grosse Beliebtheit verschafft. Durch Ausgabe von Aktien sind verhältnismässig leicht grosse Kapitalien zusammenzubringen. Und die gewisse Unsicherheit des Besitzes hält bei leidlichen Gewinnaussichten nicht ab, einzelne Vermögensteile zu wagen. Je mehr daher der Grossbetrieb an Stelle des Kleinbetriebs, die Massenproduktion für den Verkehr an Stelle der Kundenproduktion trat, desto mehr wuchs das Bestreben, die Aktiengesellschaft zur Unternehmungsform zu machen. In Preussen waren zwar diesem Bestreben durch das Gesetz Zügel angelegt, bis sie kurz vor dem französischen Kriege abgenommen wurden, wir werden später sehen, mit welchem Erfolge.

Fassen wir die letzten Ausführungen dahin zusammen:

Naturwissenschaften und Fortschritte der Technik führten die kapitalistische Produktionsweise herbei; Grossbetrieb, Massenproduktion auf spekulativer Grundlage machten die Aktiengesellschaft, diese Verkörperung des Kapitalismus, zur beliebigen Unternehmungsform.

Auf den Konsum wirken die Fortschritte der Technik insofern, als sie die Produkte verbilligen oder doch ihre Preissteigerung zurückhalten, damit natürlich den Konsum steigern. Das aber erhöht wieder den Bedarf und zugleich die Neigung, die Produktion weiter auszudehnen.

Entscheidend, epochemachend ist die Einführung des Maschinenwesens für die sozialen Verhältnisse eines Volkes. Der Grossbetrieb drückt eine Zahl ehemaliger kleiner Produzenten aus ihrer alten Stellung und überweist sie dem Arbeiterstand. Die Einführung von Maschinen macht einen Teil der Handarbeiter in den alten Betrieben entbehrlich und überlässt sie anderen Produktionszweigen. So entsteht eine Armee von Lohnarbeitern, die bei geringer Nachfrage nach Arbeitskräften sich den Lohn arg drücken kann,

bei starker Nachfrage den Lohnsatz stark treibt und so direkt auf Organisation und Zusammenstehen hingewiesen wird zwecks grösster Ausnutzung aller Vorteile und tunlichst grösster Vermeidung aller Nachteile. Es wird aus dem Lohnarbeiterstand durch seinen festen Zusammenschluss ein mächtiger sozialer Faktor, der zum grossen Teil der Maschine seinen Ursprung verdankt. In Deutschland vollzog sich seine Entwicklung seit den Freiheitskriegen, besonders aber erst in der Revolutionszeit von 1848 und gelangte in den 1866er Jahren zum ersten Abschluss.

Wenn vom Einfluss der Naturwissenschaften auf die Technik, vom Einfluss der Technik auf die Volkswirtschaft gesprochen wird, so hebt man fast immer nur die Erfindungen und Entdeckungen der Physiker, die Errungenschaften der Maschinenindustrie hervor. Mit grossem Recht weist Sombart[3] auch auf das Gebiet der Chemie hin. Justus von Liebigs Düngertheorie hat die Landwirtschaft in neue Bahnen geworfen, hat mit geholfen, auch ihr den Geist des Kapitalismus, den Geist der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts einzuimpfen. Die Chemie revolutionierte die Färbetechnik, stampfte neue chemische Industrieen — natürlich kapitalistischer Art — aus dem Boden und machte die Beleuchtung, für die einstmals die Hausfrau die Kerzen selbst herstellte, zu einem Gegenstand grosser kapitalistischer Unternehmungen, der Gasgesellschaften.

Der zweite Weg, auf dem sich die Umgestaltung der Volkswirtschaft durch die Fortschritte der Technik vollzogen hat, ist das Verkehrswesen. Vermöge der neuen Kommunikations- und Transportmittel ist der gesamte Verkehr rascher, häufiger, pünktlicher, sicherer und viel billiger geworden. Da entstehen die Produktionen, die aus der Ausnutzung der internationalen Arbeitsteilung ihr Leben schöpfen.

---

3. „Die deutsche Volkswirtschaft im 19. Jahrhunderts," im 8 Kapitel.

Mit englischen Kohlen kann der Deutsche spanische Erze bearbeiten, mit seinen Produkten versorgt er den südamerikanischen Pflanzer; denn mit der Verkehrsverbilligung wächst das Absatzgebiet ins Riesenhafte. Amerikanische Baumwolle wird am Rhein gesponnen und in Sachsen gewebt, um in alle Länder verkauft zu werden. Es wurden Güter transportabel, die wegen grossen Volumens und relativ kleinen Wertes es bis dahin nicht waren. Der Landwirtschaft bewirkte ein ungehemmter Verkehr mit dem Auslande, dass für ihre Produkte ein Weltpreis massgebend wurde. Das bedeutete für das Deutschland der 1850er und 1860er Jahre eine erhebliche Preiserhöhung für das Brotkorn, da mit den damaligen Mitteln des Verkehrs England als starker Käufer auftreten konnte, während der starke Import aus Südosteuropa und Amerika erst nach 1870 sich fühlbar zu machen begann. Beides, die Kornpreiserhöhung vor 1875, der Preissturz nach diesem Jahre, hat als Ursache die Entwicklung des Verkehrswesens. Die für uns wichtigste Folge der ersten Erscheinung ist die: Die deutsche Volkswirtschaft ersparte, bildete Kapital, das später die Grundlage bildete für das Gründungstreiben der Jugendzeit des neuen deutschen Reichs.

Durch Verbilligung der Zeitungen und Zeitschriften erhöhte der entwickelte Verkehr die politische und mehr noch die wirtschaftliche Bildung des Volkes, ebenso durch Zugänglichmachung von Ausstellungen und Kongressen, die in den 1850er und 1860er Jahren häufig wurden. Die Staatsregierung konnte durch straffere Zentralisation und schärfere Ueberwachung der Beamten auch die Volkswirtschaft segensreich beeinflussen. Alle diese Einwirkungen des Verkehrs auf die Volkswirtschaft fanden statt in der Epoche, die vor der Begründung des deutschen Reichs liegt. Während es 1840 noch nicht 1000 km Eisenbahnlinien gab, betrug deren Länge 1870 über 18000 km. Wahrlich für einen so kurzen Zeitraum eine enorme Entwicklung, die alle Ver-

hältnisse umformen musste und umgeformt hat. Und wie wir sehen, sind im letzten Grunde an der grossen volkswirtschaftlichen Umwälzung schuld: die Fortschritte der Technik. Der Dampf, der ausschliessliche Treiber der Kraft- und Bewegungsmaschinen, hat der Zeit seinen Stempel aufgedrückt, wie er mit seinem Russ die ehemals blanken Häuserreihen schwärzte. Er warf die Kulturwelt in neue Bahnen. Sie fand sich noch auf ihnen nicht recht zurecht und bezahlte schweres Lehrgeld. — — — — —

Hand in Hand mit der Revolution in Industrie und Verkehr ging ein Umschwung in den wirtschafts- und handelspolitischen Anschauungen der Zeit, die sich in den Gesetzgebungen und Handelsverträgen kundgaben.

Mit dem Beginne des 16. Jahrhunderts wurde die mittelalterliche Wirtschaftsordnung abgelöst durch die des absoluten Staates, durch das Merkantilsystem. Die landesherrliche Gewalt, die die früher selbständigen, politischen Zentren geeint hatte, ordnete auch das Wirtschaftsleben übereinstimmend durch allerlei Vorschriften und Reglements. Diese wurden lange wohltuend, dann aber lästig und drückend empfunden, weil sie sich nicht den kleinen Veränderungen der Verhältnisse anpassen konnten und deshalb den Fortschritt hemmten. — In Beziehung auf das Ausland beobachtete der absolute Staat das gleiche Prinzip der Bevormundung seines Landes. Die Industrie wurde durch Ausfuhrprämien und Einfuhrverbote gestützt, fremden Schiffen wurde der Verkehr in heimischen Gewässern verboten oder erschwert, kurz, es wurde alles getan, was Geld aus dem Ausland herbeiziehen und Zahlung an dasselbe verhindern konnte.

Gegen dieses System, das sogenannte Merkantilsystem, machte sich etwa zwei bis drei Jahrzehnte vor der französischen Revolution eine Reaktion in Frankreich und England geltend, die den Urgrund alles Nationalreichtums im allein wirklich produzierenden Lande und in der die Produkte ge-

winnenden Arbeit sah, nicht aber im Geld. Sie meinte, der Gesetzgebung falle nur die Aufgabe zu, den Bürger im Besitze seines Eigentums zu schützen und ihn ungehindert dasselbe nach seinem Gutdünken nutzen zu lassen. Jeder Mensch kenne seinen eigenen Vorteil am besten und die Befolgung der Privatinteressen der einzelnen sei auch für die Gesamtheit förderlich. Laissez faire, laissez aller war die Forderung eines Schriftstellers jener Richtung für die Gewerbe- und Handelspolitik.

Die Erfüllung jener Forderung in Deutschland, das ist der Inhalt der Geschichte der deutschen Gewerbe- und Handelspolitik im Zeitraum 1800—1870. Als dann, gleich nach Ablauf dieses Zeitraumes, eine grosse Wirtschafftskrisis über Deutschland hereinbrach, da erschollen zahlreiche Stimmen, die die Schuld „dem Manchestertum und seinen Jüngern" zuschrieben. Gewiss ist es nicht wahr, dass auf die Freigebung von Handel und Gewerbe die Krisis hereinbrach wie eine Antwort des Schicksals. Aber es ist auch nicht zu leugnen, dass jene Entwicklung, die mit der Krise schloss, nicht ohne die vorhergehende individualistische Wirtschaftspolitik des Staates möglich gewesen wäre. Denn die Wirtschaftspolitik Preussens, dem andere Bundesstaaten nachfolgten, hat, wie sie sich seit 1807 und besonders in den 1860er Jahren zeigte, auf das ganze deutsche Wirtschaftsleben umgestaltend eingewirkt.

1807 wurde durch ein Edikt in Preussen die bäuerliche Gutsuntertänigkeit aufgehoben, es wurde die unbedingte Freiheit des Grunderwerbs, sowie die Gewerbefreiheit ausgesprochen. In den folgenden Jahren wurde dieses Programm durchgeführt, wenn auch inbezug auf die Gewerbefreiheit eine Reaktion erfolgte. Auch Handel und Verkehr wurden den merkantilistischen Prinzipien entzogen, 1816 wurden Weg-, Wasser- und Provinzialzölle aufgehoben und 1818 wurden die Grenzzölle so geregelt, wie es ein freier Verkehr erforderte. Ein folgenreiches Jahrzehnt liegt zwi-

schen den Jahren 1807 und 1818. Ohne seine Nachwirkungen hätten Handel und Verkehr nicht zu der Blüte gelangen können, die sie seit 1850 etwa erreichten. Preussens Vorgehen hatte allgemeine Nachahmung gefunden, bald war das ganze deutsche Wirtschaftsleben wie das in Preussen geregelt.

Eine zweite Reihe von Siegen erfocht die individualistische Wirtschaftspolitik in den 1860er Jahren über die alte Volkswirtschaftsordnung. Durch die später vom Reich übernommene Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes wurde die Gewerbefreiheit durchgeführt. Ferner sei nur noch die Gewährung der Zugfreiheit, sowie die Reform der Aktiengesetzgebung genannt. Die Zugfreiheit gestattete die Ausdehnung der Industrie über das Mass der von der Bevölkerung zur Verfügung gestellten Arbeitskraft, ermöglichte fast beliebigen Zuzug von Arbeitern. Scheinbar weniger wichtig, aber doch in seinen Folgen furchtbar genug war das ebenfalls liberalen Tendenzen entsprechende Aktiengesetz von 1870. Wir kommen auf dies im letzten Teile der Arbeit noch zurück.

Die preussisch-deutsche Wirtschaftsgesetzgebung vor 1870 hatte zwei wesentliche Charakterzüge; sie war liberal und national. Wir haben schon gesehen, wie sie liberalen Tendenzen huldigte. Wir können weiter bei ihr das Bestreben verfolgen, in ganz Deutschland eine Uebereinstimmung in den wichtigsten Fragen des Rechts zu schaffen. Diese Bestrebung stiess auf lebhaften Widerstand seitens mancher Kleinstaaten, die ihre Berechtigung nicht einsehen mochten und nur darauf bestanden, dass sie sich nur ja nicht eines Stückes ihrer Selbstherrlichkeit entäusserten. Nach vielen Mühen gelang es doch schliesslich Preussen, eine gemeinsame Wechselordnung zu schaffen, später sogar ein gemeinsames Handelsgesetzbuch. Es leuchtet ein, welch segensreichen Einfluss dies auf den Handel in Deutschland ausüben musste, hatte es 1843 doch in Deutschland 56 Wechsel-

ordnungen gegeben. Die neue Wechselordnung hat „durch wesentliche Gleichstellung des eigenen und des gezogenen Wechsels und durch Anerkennung der Wechselfähigkeit für jeden Vertragsfähigen den Wechsel zu einem allgemeinen bürgerlichen Verkehrsinstitut gemacht und den Wechselverkehr zur Hauptform des bürgerlichen Verkehrs gemacht."[4] Die Wechselordnung, um welche sich Preussen und Württemberg sehr verdient gemacht haben, ist nach 1848 fast überall im deutschen Lande eingeführt und vielfach von der Gesetzgebung des Auslandes benutzt worden. Ebenso wurde Preussens 1861 eingeführtes Handelsgesetzbuch in den nächsten Jahren in ganz Deutschland angenommen. — Die neue Gesetzgebung löste dem deutschen Handel die Fesseln. Er entwickelte sich in seinen freien, überall in Deutschland gleichen Grundlagen gesund und kräftig, begünstigt von der äusseren Handelspolitik.

Die preussische äussere Handelspolitik blieb dem 1818 eingeschlagenen Wege treu, sie war liberal. Daneben hat sie sich ehrlich bemüht national zu sein, die Begründung und die oft schwierige Erhaltung des Zollvereins ist ein leuchtendes Denkmal davon. Der Zolltarif des Zollvereins hat mässige Zollsätze gezeitigt. In den Jahren vor 1870 hat man vollends mit den Zollschranken aufgeräumt und durch den Abschluss von Handelsverträgen einen fast ungehinderten Handel ermöglicht.

In dem jetzt schliessenden Abschnitte haben wir in ganz kurzen Zügen jene grossen Umwälzungen angedeutet, welche sich in der Zeit vor 1870, besonders in dem letzten Vierteljahrhundert vor diesem Jahre vollzogen haben. Das Resultat aller dieser Veränderungen ist die Eroberung Deutschlands durch die kapitalistische Wirtschaftsweise. Wohl ist diese heute noch nicht absolute Herrscherin. Wohl gibt es noch jetzt Produktionszweige, Landesteile, wo die

---

4. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Einl.

alte Wirtschaftsweise noch am Ruder ist, oder es noch lange nach 1870 war. Aber doch ist es wahr, dass der Kapitalismus sich in der Zeit vor der Begründung des neuen deutschen Reiches, auf dem Kontinent überhaupt, bei uns speziell sich eingenistet hat, alles umformend, Altes einreissend, Neues bauend. Dabei konnte es nicht zugehen ohne schwere Verwundungen, ohne schmerzhafte Uebergänge. Die Entwicklung des deutschen Wirtschaftslebens in der Richtung auf den Kapitalismus zu, das ist der Grund der furchtbaren Wirtschaftskatastrophe von 1873. Sie ist eine Reaktion gegen eine Entwicklung, die durch das Vorbild des Auslandes zu sehr beschleunigt worden war, sie war selbst ein Mittel, diese Entwicklung zu beschleunigen, die durch die Krisis selbst ein gutes Stück weiter kam. So können wir allein die Krisis von 1873 recht verstehen, wenn wir nicht vergessen, dass sie nicht nur eine, etwa alle 10 Jahre wiederkehrende Erscheinung ist, sondern das Ergebnis einer Jahrzehnte dauernden Entwicklung, eine Kriegskontribution des das deutsche Land erobernden Kapitalismus.

Zweites Kapitel.

Die Wirtschaftskrise.

Erster Abschnitt. Die Eisenbahnkrisis.

Unsere Ausführungen im ersten Kapitel werden gezeigt haben, dass es falsch wäre, ein Jahr zu nennen, in welchem die Krankheit des deutschen Wirtschaftslebens, deren Krisis 1873 eintrat, ausbrach. Leise und unmerklich artete die gesunde Entwicklung von Handel und Gewerbe aus; wann die Krankheitskeime in den Organismus der Volkswirtschaft gesenkt seien, ist eine müssige Frage. Die Schilderung des Verlaufs der Wirtschaftskrisis muss aber doch irgendwo einsetzen. Der Zeitpunkt muss willkürlich bestimmt werden; wir werden ihn in den Anfang der 1860er Jahre legen. Denn in dieser Zeit begannen die ersten grossen Unternehmungen auf unsoliden Grundlagen, und zwar war das Eisenbahnwesen der erste Tummelplatz der Krise. Das Eisenbahnwesen und seine Krisis soll uns daher beschäftigen, ehe wir uns den Banken und deren Gründungen, ehe wir uns der Börse und der an ihr blühenden Spekulation zuwenden. Das Eisenbahnwesen, die Banken und ihre Gründungen, die Börsengeschichte der kritischen Jahre, das soll uns in diesem zweiten Kapitel beschäftigen.

Benutzte Literatur:

Art. Eisenbahnen im Handwörterbuch d. Staatsm. 2. Aufl.
Wagner, Finanzwissenschaft I S. 661—721.

Roscher, System der Volkswirtschaft III S. 500ff.
Cohn, Einige Hauptfragen der Eisenbahnpotitik, 1874.
Stürmer, Geschichte der Eisenbahnen, 2 Teile, 1872/76.
Schreiber, Die Preussischen Eisenbahnen und ihr Verhältnis zum Staat 1874.
Glagau, Der Börsen- und Gründungsschwindel in Berlin 1876.
Lasker, Rede gegen Wagener im Abgeordnetenhaus, 7. März 1873.
Wagener, Art. in der Allg. deutsch. Biographie.
Dr. Stroussberg und sein Wirken, von ihm selbst geschildert, 1876.
Hoppe, Stroussberg und Consorten.

Spielhagen hat in seiner „Sturmflut“ uns ein lebendiges Bild des Lebens und Treibens gegeben, wie es in den Gründerjahren Deutschland und besonders Berlin beherrschte. Er schildert jene Verwirrung der Gemüter, welche die Grenzen zwischen Gut und Böse verschob, die Verblendung, mit der der kleine Mann seine Ersparnisse der Spekulation opferte, er schildert, wie die Arbeiter unter dem Druck der verteuerten Lebenshaltung und im Gefühl ihrer steigenden Macht sozialdemokratischen Treibereien zum Opfer fallen. Wir hören von Grundstückhandel und Bauschwindel, von Börsenpraxis und gewissenloser Gründerei. Den Hintergrund zu diesem Gemälde des Rausches bildet aber das Eisenbahnwesen, bildet die Geschichte der Entstehung und des Bankerottes einer Eisenbahnlinie. Tatsächlich war wohl der Eisenbahnbau das erste Gebiet, auf dem wirtschaftlicher Aufschwung und rüstiges Fortschreiten umschlug, wo an Stelle solider Arbeit Spekulation und Schwindel traten.

Im Eisenbahnbauwesen ist jedoch nicht am meisten gesündigt worden, die Industrie, das Bankgewerbe hat mehr Opfer gefordert. Aber als das erste Gebiet, auf dem die Reaktion einsetzte, mag man es als den Ausgangspunkt der ganzen Krise betrachten.

Zum richtigen Betruge eignet sich das Eisenbahnwesen

eigentlich nicht recht. Gewiss können bei der Einbringung grosse Unregelmässigkeiten vorkommen, gewiss kann die Herstellung des Bahnkörpers ungewöhnlich teuer werden, gewiss können die Rentabilitätsberechnungen falsch sein, sodass das Betriebsergebnis nicht den Erwartungen entspricht. Aber nach Vollendung des Baues ist für die bauende Gesellschaft ein Objekt da, das einen bedeutenden Wert darstellt. Sodann handelt es sich bei Bahnanlagen um sehr hohe Kapitalien, die auch hohe Gründergewinne verhältnismässig gut tragen können. Ferner pflegen Eisenbahnbauten meist von Männern auszugehen, die am Gelingen hervorragendes Interesse haben, die sich nicht nach vollendeter Tat so leicht zurückziehen können, wie die Gründer einer lebensunfähigen Fabrik. Jedenfalls aber ist eine neue Bahn, auch wenn sie ihren Besitzern zu kleine Renten abwirft, fast immer ein Vorteil für das mit ihr beglückte Land, was von andern Produkten der Gründerzeit sich nicht allgemein sagen lässt. Wie ist es da zu verstehen, dass vom Eisenbahnwesen die ganze fürchterliche Bewegung ausging?

Um die Entwicklung zu verstehen, welche zur Eisenbahnkrisis führte, wollen wir die Geschichte des Eisenbahnbaues zurückverfolgen, sowie die Geschichte der Politik, die der Staat ihm gegenüber vertrat, und die Richtungen und Tendenzen seiner Entwicklung. Dann aber wollen wir sehen, wie auf die bisherige Entwicklung der Missbrauch im Eisenbahnbau eindrang und die Krisis herbeiführte.

Wie unsere kapitalistische Wirtschaftsorganisation haben wir die Eisenbahnen aus England erhalten. Ja diese waren der Schlüssel, mit dem sich die erstere den Zugang nach Deutschland eröffnete. — Noch zum Beginn der 1830er Jahre waren die deutschen Verkehrsverhältnisse trostlose. Zwar mit lustigem Blasen, aber langsam, sehr langsam fuhr die Postkutsche durch die schlechten Wege, das einzige Kommunikationsmittel.

Aber schon 1835 tönte die erste schrille Dampfpfeife in Deutschland; die Linie Nürnberg-Fürth bürgerte die Eisenbahn in Deutschland ein und überwand die Vorurteile gegen sie. 1837—1838 folgte die Leipzig-Dresdener Bahn und bald schlossen sich viele andere an. Der preussische Staat überliess die Eisenbahnindustrie völlig dem Privatkapital, das sich auch in der Hoffnung auf hohen Gewinn bereitwilligst zur Verfügung stellte. Bald aber war es enttäuscht, die Rente entsprach nicht den Erwartungen, das Kapital zog sich zurück, die projektierten Linien konnten nicht ausgeführt werden. Da änderte der Staat seine Politik. Er begann die Linien, an deren Zustandekommen er politisch oder militärisch interessiert war, zu fördern. Selbst bauen konnte er sie nicht, da das nicht ohne Anleihen möglich gewesen wäre, Anleihen aber nicht ohne Berufung eines allgemeinen Landtages kontrahiert werden konnten. Der preussische Staat beschränkte sich daher darauf, die jährlichen Etatsüberschüsse zur Uebernahme von Aktien privater Bahnen und zur Garantierung einer Minimaldividende zu benutzen. Er verfolgte diese Politik von 1842—1847. Dieser Zeitraum ist für uns sehr wichtig, in dieser Zeit entstanden jene, später zu ganzen Systemen ausgewachsenen Eisenbahnen, die später die Spekulation beherrschten, die Köln-Mindener, die Oberschlesische, die Bergisch-Märkische, die Schlesisch-Märkische Bahn. Etwas älter war die Rheinische Eisenbahn.

Im Gefolge der politischen Umwälzungen von 1848 vollzog sich auch eine Wandlung in der preussischen Eisenbahnpolitik. Der Staat bildete in den folgenden Jahren durch Neubau ein staatliches Eisenbahnsystem aus, die Ostbahn, die Westphälische und Saarbrücker Bahn. — Ausserdem dehnte er seine Verwaltung auf eine Reihe von Privatbahnen aus, sei es um die Fortführung eines unterbrochenen Baues zu sichern, sei es, weil er zu Zuschüssen für die Deckung der garantierten Zinsen herangezogen wurde. So bildete sich ein bedeutendes Staatseisenbahnsystem, dem

allmählich alle Linien beigefügt werden sollten. 1853 wurde den Privatbahnen eine Steuer auferlegt, die zum Ankauf von Privatbahnaktien benutzt wurde. Eine Verstaatlichung des Eisenbahnwesens war also das Ziel der Eisenbahnpolitik.

Dass diese nicht konsequent innegehalten wurde, war der innere Grund, welcher die Eisenbahnkrisis ermöglicht hat. Hätte der Staat, auf dem betretenen Wege weitergehend, das Eisenbahnwesen den öffentlichen Interessen unterstellt, der privaten Unternehmung entzogen, so hätten natürlich Spekulation und Betrug sich nicht auf diesem Gebiete tummeln können. Schuld an der Schwankung der Regierungspolitik waren die im Parlamente sitzenden Manchesterleute, die die freie Konkurrenz des Prinzips halber auch auf die Schiene übertragen sehen wollten. Sie übersahen, dass nur der Staat für das Entstehen eines den Bedürfnissen der Allgemeinheit entsprechenden Netzes sorgen kann, dass nur der Staat einen zweckmässigen Ausbau erreichen kann, sodass nicht durch bald intensiven, bald lässigen Bahnbau in Preisen und Löhnen gefährliche Schwankungen entstehen. Wenn Roscher[1] meint, eine Regierung könne durch einen weisen Plan bei der Konzessionierung dasselbe leisten, wie durch eigenen Bahnbau, so glauben wir doch mit Wagner[2] entgegnen zu müssen, dass der Staat wohl törichte Konkurrenzbauten verhüten, überhaupt durch sein Verbot wirken kann, dass er aber nicht imstande ist, den Bau einer volkswirtschaftlich oder politisch notwendigen Bahn, die geringe Gewinnaussichten bietet, zu erzwingen. Ebenso wenig kann er hindern, dass die Privatunternehmung sich zeitweilig auf die Eisenbahnunternehmungen wirft, zeitweilig sich zurückhält, dass also die Entwicklung des Bahnbaues sich zum Nachteil der ganzen Volkswirtschaft stossweise vollzieht.

1. System III 508.
2. Finanzwissenschaft I im Abschnitt S. 661—721.

Die Männer der neuen Aera waren überzeugt, dass es dem Staate frommen müsse, wenn ein jeder in seinen wirtschafftlichen Unternehmungen frei sei und keine Konkurrenz des Staates fühlen müsse. Das, meinten sie, gelte auch vom Eisenbahnwesen. Gingen die Manchesterleute doch soweit,[3] die Freiheit jedes Menschen, gegen Entgelt mit eigener Lokomotive auf einer jeden Strecke fahren zu dürfen, im Prinzip als erstrebenswert hinzustellen.

Die unter der Einwirkung der liberalen Ideen eingetretene Schwankung in der Eisenbahnpolitik ist der tiefere Grund der Eisenbahnkrisis.

Der preussische Staat vermehrte seinen Bahnbesitz zwar noch weiter. Durch die Okkupation von Hessen-Nassau, Frankfurt, Hannover vergrösserte er das Staatseisenbahnsystem erheblich. Auch baute er noch neue Bahnen, vorzüglich solche, welche die früheren Regierungen zu bauen vorgehabt hatten.

Aber die Beherrschung des Eisenbahnwesens hatte er aufgegeben. 1859 hörte man auf, den Ertrag der Eisenbahnen zum Ankauf von Aktien zu verwenden, Konzessionen für Neubauten wurden reichlich gegeben. Nur die Fragen, ob ein Bau wirklichen Bedürfnissen entspreche und ob die Unternehmer die nötige Finanzkraft hätten, wurden beim Gestatten des Baues berücksichtigt, nicht aber die Frage, ob die Zeit der Bauausführung den Interessen der Volkswirtschaft entspräche. Die Rücksichtnahme auf den Arbeits- und Materialienmarkt leitete den Minister niemals, höchstens einmal die auf den Geldmarkt, die ihn, wie Lasker erwähnte, einmal einen Bau verbieten liess. Die Rücksicht auf den Geldmarkt erscheint uns aber mehr nur ein Vorwand beim Verbot der Bahn gewesen zu sein. — So konnte denn jene Ueberstürzung im Bahnbau eintreten, die die Preise des Materials und die Löhne trieb und die Anlagekosten für

3. Cohn, einige Grundfragen der Eisenbahnpolitik 1874.

Eisenbahnen unvernünftig hob, jene Ueberstürzung, auf die eine Reaktion folgen musste.

Der Staat, das verfolgten wir bisher, hatte die Eisenbahnindustrie der privaten Unternehmung überliefert. Das Privatkapital nahm sich ihrer an.

Durch gute Ernten, durch steigende Getreidepreise entstand in den 50er und 60er Jahren viel neues Kapital, das nach Anlagen suchte. Noch fehlte das Vertrauen in die heimische Volkswirtschaft. Wie schon seit Jahrzehnten strömte das Kapital dem Ausland und seinen oft windigen Unternehmungen zu. Während massenhaft amerikanische Werte — ihre Höhe wird sehr verschieden geschätzt — Deutschland aufsuchten, war der deutsche Kapitalmarkt alles andere als flüssig. Die Landwirtschaft lechzte nach Kredit, der kleine Geschäftsmann desgleichen. Sie konnten nicht den Zins zahlen, den die Amerikaner versprachen. Es fehlte noch in Deutschland das Vertrauen auf die Zukunft, ja auch nur auf Frieden. Es war die Zeit, wo Fabrikanten zu Bismarck kamen, ihn anflehend, er möge doch schon losschlagen, wenn nur Blut und Eisen dauernden Frieden schaffen könnten; die Wartezeit sei unerträglich. Man sieht die Kraft zum Aufschwung, die Unternehmungslust und das Kapital waren da. Aber das Vertrauen auf die wirtschaftliche Zukunft war noch nicht fest. Der Kapitalismus hatte schon seit 20 Jahren die Köpfe in Besitz genommen. Das neue französische Beispiel hatte mehr dazu getan, wie das englische alte. Das Kapital war da, auch die Organe der kapitalistischen Verkehrswirtschaft, die Kommunikations- und Kreditanstalten waren vorhanden, man hatte sogar durch die Krisis von 1857 bereits als kapitalistische Volkswirtschaft debutiert. Es musste klar sein, wenn sichere Zeiten kämen, würde der Kapitalismus allen Zweigen der Volkswirtschaft seinen Stempel aufdrücken, würde sich der Kapitalismus durchsetzen. Instinktiv ahnte man, dass dabei derjenige den grössten Vorteil haben müsste, der ihm am meisten entgegenkäme, der sich ihm am meisten

zur Verfügung stellen würde. Deshalb wandte sich das Kapital früher wie allen anderen Werten den Eisenbahnen, erst später den Banken zu. Man mochte auch bedenken, dass eine Bank, dass viele industrielle Unternehmungen von einem Kriege erschüttert und zerstört werden können, eine Eisenbahn weniger. So kam es, dass das heimische Kapital sich den heimischen Eisenbahnen zuwandte.

Auch die Spekulation begann sich ihnen zu widmen. Deutsche Eisenbahnwerte haben in der ersten Glanzzeit der Hausseperiode die älteren üblichen Spielpapiere in den Hintergrund gedrängt. Wie war das möglich? Wir würden es nicht verstehen, hätte sich nicht vor 1870 eine interessante, allerdings ganz natürliche Entwicklung vollzogen.

Wenn wir Sürmers[4] Eisenbahntabelle für 1872 aufschlagen, so sehen wir erst die Staatsbahnen, die in 5 grosse und 4 kleine Gruppen eingeteilt sind. Dass die preussische Ostbahn und die anderen Systeme grössere Mengen von Linien umfassten, wussten wir ja. Blättern wir aber weiter und suchen die Privatbahnen auf, finden wir dieselbe Erscheinung. Wir sehen zwar noch 38 Gruppen von Bahnen, darunter aber manche, die eine grosse Zahl von Linien umfassen, daneben alleinstehende oder zu wenigen eine Gruppe bildende Bahnen. Wir sehen, dass sich durch Zusammenschluss von verschiedenen Linien und durch Erweiterungsbauten bestehender Systeme eine starke Zentralisation herausgebildet hat, die nur mit der heutigen, leider noch nicht dargestellten Zentralisation im Bankgewerbe vergleichbar ist. Die verbundenen Linien repräsentierten Kapitalien von ungeheurer Höhe, ihre Werte begannen nun erst als Spielpapiere grösseren Stils fungieren zu können. Die Betriebslänge der Rheinischen Bahn betrug 781 km, die der Stettiner 824, die der Magdeburg-Halberstädter 657, die der Köln-Mindener

---

4. Geschichte der Eisenbahnen I S. 12ff.

666, die der Bergisch-Märkichen Bahn 887 km. Die Kapitalien waren entsprechend hoch.

So waren Werte geschaffen, die gross genug und geeignet waren, um Gegenstände des richtigen Börsenspiels zu werden, zumal sie auch die zweite notwendige Voraussetzung erfüllten, nämlich genügend wechselnde Chancen boten. Neue, an sich geringe Zweiglinien konnten den Gesamtverkehr der betreffenden Bahnsysteme erhöhen, boten jedenfalls fortwährenden Anlass zu Neuemissionen, welche Agiotagegewinne brachten. Die vom Staate nicht verhinderte Konzentration im Eisenbahnwesen schuf in den Jahren vor 1870 prächtige Spielpapiere, die die ausländischen Kollegen verdrängten und die Spekulation auf heimische Werte lenkten, wie schon vorher die Eisenbahnen das deutsche Kapital auf deutsche Anlagen aufmerksam gemacht hatten. Der Grund zur Spekulation in heimischen Werten, die erfahrungsgemäss weitere Kreise ergreift, als die in fremden, wurde so gelegt, allerdings wurde auch erreicht, dass das deutsche Kapital in Zukunft mehr im Inland Anlagen suchte, was einen wirtschaftlichen Aufschwung Deutschlands erst ermöglichte.

Also das Kapital begann Eisenbahnaktien aufzunehmen, die Spekulation beachtete sie, der Staat überliess den Privaten die Eisenbahnindustrie. Da konnte es nicht ausbleiben, dass sich das stets latent vorhandene Gründertum ihrer annahm. Die Aktien der alten grossen Gesellschaften repräsentierten Werte, langsam hatten sie die Gunst des Publikums erworben. Von dieser suchten nun neue, meist kleinere Bahnen Vorteil zu haben; neue Linien, gute und schlechte, wurden projektiert, konzessioniert, an die Börse gebracht und ausgeführt. Und bei diesen Linien, die selten mit den alten mächtigen Bahnsystemen Fühlung hatten, die von Abgeordneten, Bürgermeistern und Adjazenten angeregt waren, kamen die Missstände vor, die mit Unrecht allein vielen Zeitgenossen im Gedächtnis geblieben sind, die Spielhagen so meisterhaft

in seiner „Sturmflut" schildert. Von ihnen wird jetzt zu handeln sein.

Auch unter diesen neueren Bahnen sind viele gute, volkswirtschaftlich bedeutende, die auch ihren Aktionären nie oder nur vorübergehend Sorgen gemacht haben. Andere allerdings haben keinen Bedürfnissen entsprochen und ihre Aktionäre gröblich enttäuscht. Oft haben bei ihrer Gründung und bei ihrem Bau Unregelmässigkeiten stattgefunden. An die Namen zweier Männer müssen sich die auf sie bezüglichen Betrachtungen anknüpfen. An den des Geh. Oberregierungsrats Wagener und an den des Eisenbahnunternehmers Stroussberg.

Gegen diese beiden wandte sich der nationalliberale Abgeordnete Lasker, als er am 7. Februar 1873 im Abgeordnetenhause in einer grossen Rede die im Eisenbahnwesen herrschenden Uebelstände an das Tageslicht zog. Seine Rede erregte grosses Aufsehen, diskreditierte die Angegriffenen und ihre Unternehmungen, sie brachte Stroussberg, dessen Stern schon länger im Verlöschen war, ganz zu Fall, sie stürzte den Ober-Regierungsrat Wagener aus seiner hohen Stellung. Die Verurteilung durch die öffentliche Meinung blieb nicht aus; der vorher vergötterte Stroussberg wurde gehöhnt und verachtet, mit Freuden sahen seine politischen Gegner den hohen Beamten Wagener gedemütigt. Die konservativen Freunde wandten ihm den Rücken, wenn auch die Freundschaft des Fürsten Bismarck ihm blieb.

Es ist schwierig, aus den Schriften jener Zeit ein Urteil über jene Männer zu gewinnen. Von der Parteien Gunst und Hass entstellt, schwankt ihr Charakterbild noch mehr in der Geschichte, als das der meisten anderen Menschen. Wir glauben, dass beide viel besser waren, als ihr Ruf, dass insbesondere Wagener wohl irrte, aber durchaus nicht als Betrüger, nicht einmal als ein Abenteurer hinzustellen ist. Stroussberg war eine Abenteuernatur durch und durch.

Im Osten der preussischen Monarchie, als Sohn eines armen Juden geboren, wanderte er sehr jung nach England aus. Er war dort bald Kommis, bald selbständiger Spekulant, bald Reporter, bald Redakteur. Er versuchte allerlei, ohne viel vorwärts zu bringen. Nach 20jähriger Abwesenheit kam er nach Deutschland zurück, und hier leuchtete sein Stern; nach kurzem, hellen Glanze ging er wieder unter. Bei dem Betrachten seines wechselnden Abenteuerlebens drängt sich uns ein Vergleich mit den politischen Abenteurern des achtzehnten Jahrhunderts auf. In jenen Tagen Josephs II., da der moderne Staat seiner Geburt entgegensah, wurden viele Staaten beherrscht von politischen Unternehmern (Pombal, Aranda, Struensee), die mit gesunden modernen Ideen, aber meist mit Missachtung der realen Verhältnisse, auch mit persönlichem, eigennützigem Ehrgeiz zu kurzem Glanz und tiefem Fall kamen. Der moderne Staat aber, dem sie den Weg bereitet, nahm über sie hinweg seinen Platz ein.

In der Zeit, wo der Kapitalismus seinen Einzug in ein Land hält, wird er meist ebenfalls getragen von Abenteurern, die wie ihre politischen Kollegen vom 18. Jahrhundert ihre Stärke darin haben, dass sie die Tendenzen der künftigen Entwicklung erkennen und sich ihnen zur Verfügung stellen. Wie jene Politiker überschätzen sie aber die Schnelligkeit der Entwicklung, übersehen die realen Widerstände und graben sich so eine Grube, in die sie um so leichter stürzen, als Ehrgeiz und Habsucht sie führen. John Law, Pereire, Stroussberg sind Struensees, Pombals etc. ins Wirtschaftliche übersetzt.

Von diesem Standpunkte aus können wir vielleicht Stroussberg gerecht würdigen. Er war ein Wegbereiter und ein Opfer des Kapitalismus. Er erwartete Verkehrsbedürfnisse, wie wir sie etwa jetzt haben, aber er erwartete sie für seine Zeit. Seine Unternehmungen rentieren jetzt meist; er hat auf eine frühere Rente gerechnet. Er hat an das Gelingen seiner Pläne geglaubt, nur gelingend konnten sie ihm nützen.

Er hatte die Schnelligkeit der Entwicklung der deutschen Volkswirtschaft überschätzt, er hatte falsch kalkuliert, er ging unter.

Stroussbergs grosse Bedeutung für die Geschichte der Handelskrise liegt in drei Tatsachen begründet. Einmal war er es, der den eigentlichen Gründergeist in Deutschland erweckte und durch sein Beispiel, durch seine anfänglichen grossen Erfolge zur Nacheiferung spornte, der vom soliden Gewinn der regelmässigen Arbeit weglockte zum mühelosen, schnellen Spekulationsgewinn. Spielhagen zeigt uns den Kontrast zwischen den Vertretern von Arbeit und Spekulation sehr anschaulich. Der alte Schmidt ist der Repräsentant des alten, sein Sohn Philipp der des neuen Unternehmertums. Diesem hat Stroussberg den Stempel seines Wesens aufgedrückt.

Sodann ist uns Stoussberg wichtig, weil er eine grosse Zahl von Bahnen gebaut und entsprechend viel neue Papiere geschaffen hat. Diese neuen Aktien sanken meist stark im Kurse und schädigten ihre Besitzer, der Kapitalmarkt wurde durch sie geplündert. Wegen ihrer zweifelhaften Qualität und ihres kleinen Preises — für einige zwanzig Taler konnte man Aktien kaufen — bildeten sie bald Objekte der Kulissenspekulation, ja, Hausknechte und Dienstmädchen „fruktifizierten“ mit ihnen ihre Ersparnisse. Stroussberg hat der von ihm entfachten Spekulationslust auch gleich die passenden Objekte gegeben.

Endlich aber, und das ist das Wichtigste, betrachten wir Stroussberg als den Erfinder oder doch Importeur einer neuen Bahnbaumethode; er brachte das Prinzip der Generalentreprise zuerst zur Geltung, das Lasker geradezu als das „System Stroussberg“ bezeichnete. Dieses System hat den Bau unrentabler Bahnen ermöglicht, hat die Spekulationslust in weite Kreise getragen, hat zum Bau schlechter Anlagen geführt, war die Hauptursache der Eisenbahnkrisis.

In seiner, übrigens mit Vorsicht zu lesenden Selbstbiographie[5] erzählt uns Stroussberg von seinem System. Es bildet zum Bauen in Regie den Gegensatz. Ein Generalunternehmer verpflichtet sich zur Herstellung der gesamten Anlage und empfängt dafür vom Bauherrn, also meist der Aktiengesellschaft, ein Pauschquantum.

Dieses aber, und das ist das zweite Charakteristikum des Systems, wird nicht, oder nur zum kleinen Teil in barem Gelde bezahlt, der Generalunternehmer erhält vielmehr Aktien, die er nach bestem Können verwerten mag. Dieses zweite Kennzeichen ist das entscheidende für die Beurteilung des Systems. Das Wesen der Generalentreprise liegt also nicht ausschliesslich darin, dass die bauende Gesellschaft den ganzen Bau zur Herstellung an einen Unternehmer vergibt, statt in Regie zu bauen, d. h. Materialien selbst anzuschaffen, Löhne selbst zu zahlen, die Aufsicht selbst zu führen, sondern es liegt darin, dass der Unternehmer eine Bezahlung erhält, deren Höhe er genau genommen selbst nicht kennt.

Es ist leicht, allerlei Gründe dafür anzuführen, dass die Vergebung eines Baues an einen Unternehmer viel für sich hat. Völlige Gleichmässigkeit in der Ausführung der Strecke wird durch sie garantiert. Die Schnelligkeit der Bauausführung wird erhöht. Ein berufsmässiger Eisenbahnbauer kann Erfahrungen verwenden, die er bei früheren Bauten machte. Er kann ein geschicktes, eingearbeitetes Personal besitzen, während die in Regie bauende Gesellschaft erst ein Personal schaffen muss. Er steht mit Lieferanten in alten, vorteilhaften Verbindungen. Endlich baut ein Unternehmer billiger als eine durch ihre Angestellten bauende Gesellschaft, weil bei ihm das Eigeninteresse daran stärker ist. Dagegen ist freilich zu sagen, dass das Eigeninteresse des Unternehmers ihn dazu führen kann, einen Bau schlecht aus-

5. Dr. Stroussberg und sein Wirken, von ihm selbst geschildert, 1876, S. 121—149.

zuführen. Doch würde er dadurch seinen Ruf verderben und sich für die Zukunft sehr schädigen. Deshalb wird man die Generalunternehmung nicht unter allen Umständen vom Nützlichkeitsstandpunkt, niemals vom moralischen Standpunkt aus verwerfen können.

Anders liegt die Sache freilich, wenn bei dem System Stroussberg der Unternehmer mit Aktien bezahlt wird, deren Erlös er auch nicht annähernd voraussehen kann. Dadurch wird das ganze Unternehmen auf unsichere Grundlagen gestellt. Stroussberg hat nach diesem System in Deutschland eine ganze Reihe von Bahnen gebaut. 1865 wurden die Tilsit-Insterburger und die ostpreussische Südbahn eröffnet. Es folgten Berlin-Görlitz, die Rechte-Oder-Ufer-Bahn, die Märkisch-Posener Bahn, Halle-Sorau-Guben und Hannover-Altenbecken. Nach seinem eigenen Geständnis hat er bei den meisten dieser Bahnen gut profitiert, obwohl er die Aktien ungeheuer billig losgeschlagen hat. Er versichert viele Millionen in Hannover-Altenbeckener Aktien zu 20 Prozent losgeschlagen, auch die Prioritäten ganz billig[2]) weggegeben zu haben. Und dennoch profitierte er! Er erzählt uns, wodurch: Einmal habe er als Privatunternehmer die Konjunkturen benutzen können, wie das eine Gesellschaft nicht entfernt könne. Sodann hätten die Lieferanten ihn besonders billig bedient, endlich sei er — der Aufgabe persönlich mehr gewachsen gewesen als andere.

Dass er die Bauten ausführen konnte, ohne die für sie für nötig erklärten Summen zu erhalten, zeigt uns, dass eben jene Summen viel zu hoch gegriffen waren. Und das ist auch in der Tat der schwerste, dem System Stroussberg anhaftende Missstand. Man griff das Nominalkapital so hoch, wie die konzessionierenden Regierungen nur irgend gestatteten, so dass auch bei starkem Kursfall mit dem Erlös aus den Aktien noch gebaut werden konnte, so-

---

6. A. a. O. S. 209.

dass auch bei niedrigem Emissionskurs der Prioritäten noch eine hübsche Profitrate übrig blieb.

Stroussberg kam schnell empor. Er hatte im Anfang grosse Widerstände zu überwinden. Die Geschäftswelt misstraute ihm, seine Wechsel konnte er lange nur mit schwerem Verluste unterbringen, die preussische Bank diskontierte sie nicht. Er kämpfte sich aber hindurch. Seine gesellschaftliche Stellung wurde glänzend, man vertraute bald in der Geschäftswelt seiner sicheren Hand etwas mehr, und bei dem Handelsminister stieg er so hoch in der Gunst, dass Lasker im Abgeordnetenhause den Vorwurf erheben konnte, der Minister habe eigentlich nur für die alten grossen Bahngesellschaften und den Doktor Stroussberg Konzessionen gehabt. Stroussberg verstand es, nach allen Seiten hin zu wirken. Er kaufte eine Zeitung, um Einfluss zu erlangen. Er zeichnete sich durch Wohltaten und Almosen aus, um bekannt zu werden. Er liess sich in die Volksvertretung wählen und schloss sich der konservativen Partei an, suchte überhaupt gern Rückhalt am Adel und an den Regierungskreisen zu gewinnen. Es gelang ihm, sich durch Energie und Klugheit in eine angesehene, einflussreiche Stellung empor zu arbeiten. Allein es war ihm versagt, fest zu halten, was er erworben hatte. Schon bei seinen letzten deutschen Unternehmen hatte er grosse Verluste gehabt. In Rumänien hat er sie wieder wett machen wollen, dort aber fand er sein Ende. Auf die Schicksale des rumänischen Eisenbahnunternehmens dürfen wir nicht eingehen; wir wollen nur seine Resultate hervorheben: Stroussbergs Stellung war erschüttert, sein Reichtum zusammengeschmolzen, sein Ansehen in Deutschland dahin gesunken. Ueber 100 000 000 Mark deutsches Kapital war Deutschland genommen und steckte, ohne Zinsen zu bringen, in dem rumänischen Unternehmen. Als Lasker 1873 seinen Feldzug eröffnete, da war Stroussberg schon eine gefallene Grösse, aber

sein System lebte nach. Dessen Sturz beschleunigt zu haben, ist Laskers Verdienst.

Wie aber, fragen wir uns, konnte der Staat, konnte der Gesetzgeber das gekennzeichnete System zulassen? Entsprach es den Forderungen, die das Gesetz betreffend die Aktiengesellschaften von 1870 stellte? Nein, gesetzmässig ist es niemals gewesen, es ist durchführbar gewesen nur durch Umgehung des Gesetzes. Dieses forderte Zeichnung aller Aktien durch zahlungsfähige Zeichner und sofortige Einzahlung von 10 Prozent der gezeichneten Beträge. Diese Bestimmungen wurden nur zum Scheine innegehalten. Durch geheime Reverse sicherten sich die Zeichner das Recht, die Aktien nicht abnehmen, auch keine Einzahlung leisten zu brauchen Das zeichnende „Finanzkonsortium" beabsichtigte nie Aktien abzunehmen, der Generalunternehmer bekam sie und mochte sehen, wie er sie los wurde. Nur zu herabgesetzten Kursen übernahm das Konsortium vielleicht den Vertrieb. Voll Stolz erzählt uns Stroussberg, niemals haben die Zeichner bei seinen Unternehmungen auch nur mit einem Pfennig für ihre Zeichnungen aufzukommen brauchen.

Die ganze Verantwortung lag bei Stroussbergs Unternehmungen auf seinen Schultern. Man kann ihm die in seiner Lebensbeschreibung geforderte Anerkennung nicht versagen, dass er mit seiner ganzen wirtschaftlichen Existenz jederzeit für seine Unternehmen eingetreten ist. Anders war das bei seinen Schülern und Nachfolgern, deren er sehr viele hatte. Bei der Berliner Nordbahn sowohl wie bei der Pommerschen Zentralbahn waren die Unternehmer je zwei Männer, deren Vermögen viel zu klein war, um irgend welche Garantien zu bieten. Es war hier deshalb doppelt gefährlich, die Generalentreprise als Baumodus zu wählen und hat auch zum Bankerott der beiden Gesellschaften geführt.

Ein anderes Verfahren, dasjenige Moment, das mit dem System Stroussberg noch am leichtesten versöhnt, das

Eintreten des leistungsfähigen Unternehmers für das Gelingen der Sache, auszuschalten, schlugen die Gründer der Berlin-Dresdener Bahn ein. Sie gründeten eine Baugesellschaft, um so einen für alles verantwortlichen Unternehmer zu schaffen, die Generalbaubank. Diese baute ausserdem nur noch die Bahn nach Zossen und zog dann vor, zu liquidieren. — Ein ganz ähnliches Unternehmen war die 1870 errichtete Kommanditgesellschaft auf Aktien Ferdinand Plessner. Plessner hatte schon vorher, ein Schüler Stroussbergs, in Generalentreprise gebaut, dehnte nun seinen Geschäftskreis weiter aus. Anfangs glücklich, verrechnete er sich später beim Bau mehrerer Linien und geriet in Konkurs. — Die „Deutsche Reichs- und Continentalbaugesellschaft" wurde für die Bauausführung der Bahn Kreutzburg-Posen gegründet und nahm sie in Generalentreprise, baute auch die Linie Waimar-Gera.

Die Uebertragung des Generalunternehmertums auf Aktiengesellschaften war natürlich gefährlich. Alles, was sich gegen die Generalunternehmung überhaupt anführen lässt, und das war nicht wenig, gilt erst recht, wenn der Unternehmer eine Aktiengesellschaft ist, was wir aber für sie anführten, gilt nur, wenn sie von einem energischen und finanzkräftigen Manne übernommen wird. Das Geschäftsgebahren des Unternehmers Stroussberg, das etwa bis 1870 herrschte, war gefährlich; seine Nachahmer und die Weiterbildner seines Systems waren aber schlimmer als er.

Der an den Namen Stroussberg anknüpfenden Betrachtung lassen wir eine zweite kürzere folgen, bei der wir von dem Namen Wagener ausgehen.

Als Lasker im Februar 1873 gegen die Korruption der Krisenzeit zu Felde zog, war sein Opfer besonders Wagener. Das war nicht zufällig. Der nationalliberale Abgeordnete wandte sich bei seinen Anklagen — wohl unwillkürlich — nach rechts. Unter den politischen Gegnern suchte er die Schuldigen, er hätte auch unter den

Parteigenossen welche finden können. Und so wurde seine Rede eine Eisenbahnrede. Nur das Eisenbahnwesen wurde im Gefolge der Rede revidiert und geordnet. Nur im Eisenbahnwesen konnte Lasker rücksichtslos vorgehen, nur hier war er einigermassen sicher, vorwiegend konservative Sünder an den Pranger zu stellen. Man kann mit einiger Uebertreibung sagen: Die Gründer der Eisenbahnen waren konservativen Kreisen entstammend, die übrigen Gründer waren liberal, oft Juden. An den Gründungen von Eisenbahnen waren Verwaltungsbeamte und viele Landadlige beteiligt. Man hat beiden daraus Vorwürfe gemacht. Allein, kann man den Landräten verdenken, wenn sie ihren Kreisen Bahnen schenken wollten, kann man es den Grossgrundbesitzern verargen, wenn sie den Wert ihrer Güter durch eine Bahn erhöhen wollten? Richtig mag sein, dass die persönlichen Beziehungen der Adligen in den Regierungskreisen nicht ohne Einfluss bei der Erteilung von Konzessionen gewesen seien. Von einer öfter behaupteten Korruption der preussischen Beamten kann dennoch nicht die Rede sein, wie das auch Lasker im Abgeordnetenhause betonte. Richtig ist ferner, dass die Adligen, die Beamten, die in die Direktionen oder Verwaltungsräte der neuen Bahnen eintraten, oft von den Geschäften nichts verstanden und von ihren geschäftskundigen Kollegen ganz abhängig waren. So wurden sie zur Billigung von Abmachungen bewogen, die sie nicht gegeben hätten, hätten sie sie in ihrer Tragweite verstanden. Dass sie sich als Reklameschilder brauchen liessen, dass sie sich bloss für die Hergabe ihres hohen Namens hohe Gehälter geben liessen, ohne dafür zu arbeiten, das ist der einzige Vorwurf, den man gegen den Prinzen Biron, die Herzöge von Ujest und Ratibor und viele Grafen und Barone erheben kann.

Schmutzige Geschäfte haben sie nicht gemacht, die Entrüstung der Liberalen war übertrieben.

Zum Schluss unserer Eisenbahnbetrachtung, bei der wir bisher statistische Angaben nach Möglichkeit mieden, müssen wir doch kurz zusammenfassend mit einigen Zahlen zeigen, in welchem Masse sich der Eisenbahnbau in den eigentlichen Gründerjahren entwickelte.[7] Es wurden eröffnet in Deutschland im Jahre:

1872	1873	1874	1875
37'1522	1318,91	1644,34	2365,76 km.

Wir sehen aus diesen Zahlen, dass noch nach 1870, wo die schlechten Resultate vieler Linien, die schlechten Dividenden und Kurse mancher Bahnen schon zu denken gaben, flott weiter gebaut wurde.

Wir sehen ferner, dass in den Jahren, da alle Industrie darniederlag, 1874 und 1875 noch viel an Bahnen gearbeitet wurde, noch viele Arbeiter ihr Brot, viele Fabriken Absatz fanden.

Eine Folge des forcierten Eisenbahnbaues war eine starke Verteuerung der Herstellung, die von 1850 an stetig, von 1870 ab besonders stark vorwärts schreitet. Ein Kilometer der gesamten vorhandenen Eisenbahnen kostete im Durchschnitt:[8]

1850	163 290	Mk.	1871	225 486	Mk.
1855	174 795	„	1872	227 745	„
1860	192 879	„	1873	237 483	„
1865	208 269	„	1874	253 602	„
1870	219 663	„	1875	250 988	„

Diese Zahlen zeigen also eine ungeheure Steigerung von Löhnen und Materialpreisen bis 1874, eine noch ungeheurere Senkung von beiden im Jahre 1875. Wie billig musste man 1875 bauen, um den Durchschnittskostensatz des ganzen Netzes so herabzudrücken.

7. Stürmer a. a. O. I S. 18.
8. Stürmer a. a. O. I S. 20.

Zweiter Abschnitt: Die Krisis im Bank-, Bau- und Industriewesen.

Besonders benutzte Literatur dieses Abschnitts.

Sattler, Die Effektenbanken 1890.
Model-Loeb, Die grossen Berliner Effektenbanken 1896.
Lindenberg, 50 Jahre einer Spekulationsbank 1903.
Die Diskontogesellschaft, 1851—1901. Festschrift.
R. Meyer, Politische Gründer.
Otto Glagau, Der Börsen- und Gründungsschwindel in Berlin. Dazu die oben genannten Geschichten der Krisis, besonders die von Wirth und Oechelhäuser und die Artikel „Banken" und „Hypothekenbanken" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften.

Zwischen dem Eisenbahn- und dem Bankwesen besteht eine Art Verwandtschaft. Beide sind Organe, mittels deren der Kapitalismus ein Land okkupiert, beide sind typische Kennzeichen einer kapitalistischen Wirtschaftsweise. Im Anfange der Entwicklung pflegen die Bahnen zu stehen, nur Banken mit ganz beschränktem Wirkungskreise, oder solche, die politischen Zwecken dienen, sehen wir vor ihnen. Die Haupttätigkeit der alten Bankiers war das Wechseln von Geldsorten, das bei der Buntscheckigkeit des damaligen deutschen Münzwesens noch grössere Bedeutung hatte, als heute. Er ernährte aber seinen Mann selten ausschliesslich und wurde daher meist zusammen mit anderen Gewerben, z. B. der Spedition betrieben.

Erst durch den gehobenen Verkehr wird eine neue Art von Banken nötig. Diese sind nicht Geldbanken, sind auch nicht Kreditbanken, die aus eigenen oder geliehenen Mitteln berufsmässig oder zur Erzielung eines Gewinnes Kredit gewähren. Dieser Zweig der Bankiertätigkeit war auch schon älter. Einmal war der Wucher im Schwange. Sodann hatten die Staaten das Kreditgeschäft durch ihre Anleihen ausgebildet. Sie traten dabei mit grossen Geldbesitzern, Banken und Bankiers in ein ganz persönliches Leihverhältnis. Noch Friedrich der Grosse hat nur so Kredit in Anspruch genommen. Die Versachlichung des Leihverhältnisses, die Aus-

schaltung persönlicher Beziehungen zwischen Geldgeber und Borger kam vom Westen her nach Deutschland. Mit der Schaffung von übertragbaren Schuldverschreibungen begann auch der Handel mit diesen, den Effekten. An den Börsen begann man ihre Kurse zu notieren, auch spekulative Geschäfte schloss man bald in ihnen ab, sobald ihr Wert ein unsicherer war. Zu den Staatspapieren kamen bald die Pfandbriefe der Landschaften und vergrösserten die Zahl der im entstehenden Fondsbörsenverkehr gehandelten Effekten. Aber erst mit der Schaffung zahlreicher Eisenbahnpapiere in den 1830er und 1840er Jahren begann der Verkehr in der Fondsbörse ein intensiverer zu werden, die Zahl der Effekten stieg, die der Händler gleichfalls. Der Schwerpunkt des Börsenlebens verschob sich gleichzeitig von Frankfurt nach Berlin, das seit den 1850er Jahren eine beherrschende Stellung im deutschen Börsenleben einzunehmen begann, nicht zum wenigsten durch die neuen Banken.

Diese neuen Banken der kapitalistischen Wirtschaftsepoche widmen sich statt dem Geldverkehr und der Kreditvermittlung, obwohl sie beide Geschäftszweige auch pflegen, vorzugsweise dem Handel. Indem diese Banken vorübergehend Aktien besitzen, sind sie vorübergehend Unternehmer. Wenn sie Obligationen oder Fonds in ihrem Tresor haben, sind sie vorübergehend Kreditgeber. Der Zweck, zu dem sie beide Papiere übernehmen, ist aber nur der Verkauf mit Gewinn, also der Handel mit Wertpapieren. Passend hat ihnen Sattler den Namen Effektenbanken gegeben und sie als eine besondere Kategorie neben die Geld- und Kreditbanken gestellt. Sie sind ein Produkt der Entwicklung, die die Tendenz hat, das Kapital immer mehr in den Mittelpunkt der Produktion zu stellen, des Kapitalismus. Sie sind keine Erfindung des deutschen Geistes; wie wir das Notenbankwesen und die Eisenbahnen aus England erhielten, bekamen wir die Effektenbanken aus dem Frankreich des dritten Napoleon; sie sind Nachbildungen des Credit-mobilier. In den

1850er Jahren wurden jene Institute geschaffen, die die Träger, erst Diener, dann Herren, der wirtschaftlichen Entwicklung geworden sind. Von den heut herrschenden Grossbanken sind die Berliner Handelsgesellschaft, die Diskontogesellschaft, die Darmstädter Bank in den 1850er Jahren gegründet, der Schaffhausensche Bankverein ist noch etwas älter. Neben diesen vier alten gehören zu den heutigen Herrschern in der Bankwelt nur noch die Deutsche, die Dresdner und die Nationalbank. Wenn wir nun von der letztgenannten absehen, so können wir sagen, dass von den heutigen Grossbanken $^2/_3$ in der ersten Hälfte der napoleonischen Regierungszeit, $^1/_3$ in der Spekulationszeit, in 1870 und 1872, entstanden. Wenn wir uns nun erinnern,[1] dass in den Jahren der Spekulationszeit die alten Banken ihre Kapitalien stark vermehrten, ihre Dividenden dauernd erhöhten, so können wir sagen, dass für jene Effektenbanken erst Ende der 60er Jahre die rechte Zeit gekommen war. Gewiss hatte sie schon vorher gearbeitet, aber zum Teil sehr bescheiden begonnen, teils wie die Darmstädterin grosse Mühe gehabt, ihre Kapitalien zu verwerten. Zu Grossmächten, zu Herren der Industrie und des Eisenbahnwesens, wurden sie erst jetzt. Die Herrscherstellung der Grossbanken im Wirtschaftsleben ist eines der bleibenden Resultate der Spekulationsepoche.

Aber auch die Entwicklung des Bankwesens vor 1870 ist für uns wichtig, indem sie das Treiben der 1870er Jahre vorbereitete.

Das Spiel um Kursdifferenzen, die Spekulation, ist schon alt. Aber es erlebte durch die Credits-mobiliers der 1850er Jahre eine Umwandlung. Bis dahin hatte es sich vorzugs-

---

1. Nach Model-Loeb, die grossen Berliner Effektenbanken S. 165, betrug das eigene Kapital (incl. Reserven):

bei der Diskontogesellschaft	1863	36,3	1873	84	Mill. Stck.
bei der Handelsgesellschaft	„	7,8	„	36	„ „
bei der Darmstädter Bank	„	27,7	„	77,8	„ „

weise an Emissionen neuer Papiere gehalten. Es galt, bis dieselben in feste Hände gelangten, an Kursdifferenzen zu verdienen. Besonders an Eisenbahnpapiere hielt sich die ältere Spekulation. Die Spekulation, die in den 1850er Jahren neu erblühte, schuf sich neue Papiere, die dauernd Spielpapiere geblieben sind. Die Aktien der Credit-mobilier beherrschten das Spiel in Frankreich, die der österreichischen Kreditanstalt und der Darmstädtischen Bank, bald auch die Diskontokommanditanteile beherrschten das deutsche Börsenspiel. Als der Credit-mobilier einen Teil der österreichischen Staatsbahnen ankaufte und in eine Aktiengesellschaft umwandelte, entstand in den neuen Aktien, den „Franzosen“, ein internationales Spielpapier, das neben „Lombarden“ und französischer „Rente“ noch heute die internationale Spekulation bestimmt.

Wir müssen uns das vor Augen halten, als die Börsenorgien begannen, da waren durch zwanzigjährige Entwicklung alle Voraussetzungen erfüllt. Die internationalen Spielpapiere waren da, geschaffen durch die Effektenbanken. Die Aktien der heimischen Grossbanken, deren Kapital nach heutigen Begriffen freilich noch klein genug war, und die der grossen heimischen Bahnen boten dem Börsenspiel Objekte, das in den Jahren vor der Krisis seine Ausbildung vollendet hatte. Die Technik hatte man vom Ausland übernommen. Das wahnsinnige Treiben konnte beginnen, sobald das Publikum wollte. Die Banken und die damals noch recht wichtigen Bankiers waren bereit.

Parallel mit der zweiten grossen, internationalen Eisenbahnbaubewegung der 1860er Jahre geht eine Weiterentwicklung des Bankengründungswesens, wie Credits-mobiliers in Frankreich und Deutschland auf die Eisenbahnbauperiode der 1840er Jahre folgten.

Galt es aber damals angeblich, der emporstrebenden für den Weltmarkt mit neuen technischen Mitteln arbeitenden und deshalb zum Grossbetrieb übergehenden Industrie Ka-

pitalien zu verschaffen, so war jetzt das Ziel die Kreditgewährung an Landwirte und Handwerker, die Gewerbe- und Hypothekenbanken entstanden. Charakteristisch ist, dass von den 11 im Jahre 1898 in Preussen domizilierenden Hypothekenbanken sieben vor 1873 und vier vor 1869 gegründet sind, dass diese vier ältesten anno 1888 fast soviel eingezahltes Kapital haben, wie die jüngeren sieben.

Die Landwirtschaft wurde in den 1860er Jahren von dem Hauche des Kapitalismus zuerst berührt. Die gesamte Methode der Produktion änderte die neue Liebigsche Düngertheorie, das landwirtschaftliche Maschinenwesen kam auf. Zur Nutzbarmachung der neuen Errungenschaften gehörte viel Geld, Geld brauchten die Besitzer, die eine Eisenbahn in ihrer Nähe haben wollten. Hypotheken mussten aufgenommen werden. Aber immer schwerer wurde es, Geld zu bekommen, das Kapitel begann sich eben jetzt den Papieren, sei es Eisenbahnen, sei es ausländischen Fonds zuzuwenden. Da lag der Gedanke nahe, dem Wunsche des Publikums nach Papieren, dem des Landwirts nach Hypothekarkredit nachkommend Banken zu schaffen, die auf Grund erworbener Hypotheken Obligationen emittierten. Von den bereits bestehenden Pfandbriefinstituten, den Landschaften unterschieden sie sich dadurch, dass die Solidarbürgschaft der Geldnehmer durch die Haftung eines Aktienkapitals ersetzt wurde, sowie dadurch, dass sie auch für den kleinen Besitzer und den städtischen Besitz, nicht nur für den Adel oder Grossgrundbesitz, arbeiteten. Um diese Banken hat sich die Diskontogesellschaft sehr verdient gemacht, die in Verbindung mit Bleichröder, Oppenheim und Rothschild mit der Gründung der preussischen Zentralbodenkredit-Aktiengesellschaft vorging.

Eine an sich sehr verdienstvolle Gründung ist ferner die der Gewerbebank Schuster. Diese, eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, wurde 1866 von konservativen Männern unter der Aegide des ehemaligen Kreuzzeitungsredak-

teurs W a g e n e r gegründet und verfolgte den Zweck, kleinen Gewerbetreibenden billigen Kredit zu besorgen.

Das ist die erste Etappe der Bankengründungen um das Jahr 1870. Kreditbanken also waren die ersten, die entstanden. Aber nicht lange blieb man bei diesem Zweige des Geschäfts. Die Zeit gehörte den Spekulations- und Handelsbanken. Diese wurden in der Folgezeit kultiviert. Die schon bestehenden Banken machten riesige Geschäfte und vermehrten ihr Kapital. Neue entstanden, Banken, die zu ganz anderen Zwecken gegründet waren, betrieben Handel — und Spekulationsgeschäfte, also die Gründung neuer Aktiengesellschaften, die Umwandlung bestehender Unternehmungen in Aktiengesellschaften, die Unterbringung von Anleihen und Obligationen und die Pflege des Börsenspiels durch Kauf und Verkauf für eigene und fremde Rechnung sowie durch Reportierung. Schaffung immer neuer Werte und Begünstigung des spekulativen Handels mit ihnen, das waren bald die ausschliesslichen Ziele der Politik fast aller Banken. Nur wenige Banken hielten sich frei von dem neuen wagemutigen Geiste, die bestehenden Effektenbanken huldigten ihm sämtlich, ebenso die Privatbankiers, die damals weit zahlreicher und wichtiger waren, als heute. Da war auch für Gewerbe- und Hypothekenbanken die Versuchung gross, vom soliden Geschäfte abzugehen, zumal die Grenze zwischen spekulativem und anderem Geschäft sehr, sehr fein ist. Manche erlagen der Versuchung, die Gewerbebank Schuster überlebte ihren Abfall von alten Grundsätzen nicht sehr lange, die preussische Bodenkredit-Aktienbank hat die schweren Schläge verwunden, die ihr das neue statutenwidrige Programm ihres Leiters R i c h a r d S c h w e d e r nach anfänglichen Erfolgen schlug. Von den verschiedenen Misserfolgen der Schusterschen Bank ist der bekannteste der Bankerott der pommerschen Zentralbahn. Aber auch andere Gründungen, meist Umwandlungen bestehender Betriebe in Aktiengesellschaften, haben ihr wenig Freude gemacht, wie der Bauverein Tier-

garten-Westend, auch die Schlossbrauerei Schöneberg, die Norddeutschen Eiswerke und die Chemnitzer Maschinenfabrik.

Die preussische Bodenkredit-Aktiengesellschaft verliess mit weniger bösen Folgen ihre alten Bahnen. Sie wurde auch Gründungsbank. Ihre erste Gründung, der Lindenbauverein, bedeutete schon ein Ueberschreiten ihres eigentlichen Wirkungskreises, wenn sie ja auch noch wenigstens eine Grundstücksspekulation darstellt. Wenn sie aber später Waggon- und Kattunfabriken gründete, oder vielmehr „umgründete", so bewegte sie sich ganz ausserhalb des Feldes ihrer Aufgaben. Sie sah das auch ein, und um die bösen Folgen für sich abzuschwächen, schuf sie eine Spekulationsbank in einem ganz abhängigen Tochterinstitut, in der preussischen Kredit-Anstalt. Ihr lud sie die Kosten der gemeinsamen Zeche auf, und so ist es erklärlich, dass sie nach der Beendigung der Spekulationszeit mit ziemlich heilen Gliedern zu ihrer alten Tätigkeit zurückkehren konnte.

Wenden wir uns nun den eigentlichen Effektenbanken zu. Die alten vermehrten ihr Kapital, zu Konsortien vereint, gründeten sie neue Banken an allen grösseren Plätzen, die neugeborenen Banken gründeten wieder neue. Meist war es dabei auf die Agiotagegewinne bei der Ausgabe der Aktien abgesehen. Auch zur Abwälzung von Verlusten war die Gründung von Tochtergesllschaften ein häufiges Mittel. Von Baubanken machte die Zentralbaubank dies Manöver sehr gerne, von Industriebanken die Vereinsbank Quistorp, ja die Diskontogesellschaft hat es nicht verschmäht, ein Institut zu gründen, von dem sie im Falle des Gelingens Vorteile erwartete, im anderen Falle keinen Schaden leiden wollte. In ihrer Festschrift[2] erzählt sie uns den Hergang der Sache, der kurz so ist: Die Bank brauchte wegen der Ausdehnung der Geschäfte, die sie von Berlin aus nicht mehr so recht

2. Die Diskontogesellschaft 1851—1901, S. 205ff.

leiten konnte, neue Geschäftsmittelpunkte in den Provinzen. Um aber einmal nicht die straffe Zentralisation in der Verwaltung der Gesellschaft zu lockern, auch wegen der zu gefährlichen persönlichen Haftpflicht des Inhabers (!) wollte man keine Agenturen und Filialen errichten. Die Diskontogesellschaft gründete daher im November 1871 die Provinzialdiskontogesellschaft mit 10 Mill. Talern Nominalkapital und dem Zweck, an allen bedeutenderen Plätzen des In- und Auslandes Zweigniederlassungen, Kommanditen und Agenturen zu errichten. Die Aktien wurden mit hohem Agio emittiert, noch höher an der Börse getrieben, die Unternehmungen entstanden. Die Bergisch-Märkische Bank entstand neu, ebenso bedeutende Banken in Hamburg, Aachen und Strassburg. M. J. Frensdorf in Hannover wurde „gegründet", doch blieb der ehemalige Inhaber der Bank der Leiter derselben, in Bernburg, Duisburg und Braunschweig wurden aus Privatbanken Aktienbanken, an der Pfälzischen Vereinsbank Lederle und dem Halleschen Bankverein beteiligte die Provinzial-Diskontogesellschaft sich. Zum erstenmal in der Bankgeschichte sehen wir hier bei der von Miquel geleiteten Gesellschaft, die natürlich ihre Instruktionen aus Hansemanns Arbeitszimmer bekam, jene Konzentrationstendenz wirksam, die den Bankier auszurotten sucht, die kleinen Banken in die Botmässigkeit der grossen zwingt und alle Geschäfte auf einige grosse Institute vereinigt. Aber nicht der Diskontogesellschaft ist es beschieden gewesen, die Entwicklung zu fördern, nicht damals war die rechte Zeit dazu. Den letzten zwei Jahrzehnten, der deutschen Bank war diese Entwicklung vorbehalten, die zwar dem Abschluss noch lange nicht nahe ist, aber schon von erheblichen wirtschaftlichen Wirkungen begleitet ist.

Das Unternehmen der Provinzialdiskontogesellschaft entsprach nicht Hansemanns Hoffnungen, die Zeit war noch nicht für eine derartige Konzentration des Bankwesens durch alle Provinzen hindurch gekommen. Ausserdem setzte die Pro-

vinzialdiskontogesellschaft bei dem Konkurs der unter Frensdorfs Leitung stehenden Hannoverschen Bank viel Geld zu. Nur das Eingreifen der Diskontogesellschaft verhütete dort grosses Unglück. Auch die sonstigen Banken, die nach der Auflösung der Provinzial-Diskontogesellschaft sich selbständig machen mussten, hatten lange zu kämpfen, haben sich aber z. T. zu sehr achtbaren Instituten entwickelt.

Neben ihnen wurden noch viele andere Banken gegründet, die ihr Geschick teilten, 1872 gute Dividenden abwarfen, in der Reaktionszeit sehr stark zu leiden hatten, zum Teil fielen, zum Teil sich durchranegn. Wir wollen sie nicht aufzählen, auch ihre Geschichte nicht berühren, sondern nur darauf hinweisen, wie diese Banken der Stross von 1873 ganz anders berührte, wie die alten von 1858 gegründeten. Wir haben[3] für sechs der alten Banken, sowie für acht zwischen 1870 und 1872 gegründete die Durchschnittsdividenden berechnet und auf einem Diagramm veranschaulicht. Dieses zeigt, wie der Reingewinn der neuen Banken von 1872, wo er am grössten ist, auf 1873 so herabfällt, dass er in diesem Jahre auf seiner niedrigsten Stufe angelangt ist. In den folgenden Jahren zeigen die Banken, die überhaupt lebensfähig bleiben, wieder aufsteigende Dividenden. Die alten Banken haben dagegen bis 1876 fallende Dividenden. Erst 1877 beginnt ein allmähliches Aufsteigen und zwar in der Weise, dass die bisher sehr ungleichen Durchschnittsdividenden der alten und der neuen Banken nunmehr ungefähr gleich sind. Mit anderen Worten, die alten Banken haben den neuen gegenüber das Prestige, das sie ihrem Alter und ihren Verbindungen dankten, in der Krisis verloren.

Die verschiedene Wirkung der Krisis auf die Dividenden der beiden Gruppen von Banken würde noch deutlicher werden, wenn man in der zweiten Gruppe die Deutsche Bank ausser Betracht liesse. Man dürfte das, da die Deutsche

---

3. Siehe Beilage No. I.

Bank während der Gründerzeit Enthaltsamkeit übte, die auswärtigen Beziehungen pflegte und in anderem Sinne geleitet wurde, wie die anderen Banken.

Die Erklärung der verschiedenen Wirkung der Krisis auf die Banken gewinnen wir durch den Blick in eine Tabelle der Festschrift der Diskontogesellschaft.[4] Nach ihr betrugen die Reserven der Gesellschaft 1875 12,7 Mill. Mark, 1876 noch 6,2 Mill. Mark. Die alten Banken hatten Reserven, offene und stille, die verwendet werden konnten, die Löcher zu verstopfen, die die Krisis geschlagen hatte. Von 1872 bis 1877 verringerte sich das eigene Kapital der Darmstädter Bank um 10 Mill. Mk., das der Handelsgesellschaft von 1873 bis 1874 um $1^1/_2$ Mill. Mk. Zweitens aber genossen die alten Banken in der Zeit der allgemeinen Verwirrung noch am meisten Vertrauen und erhielten Geschäfte, wie sie die Krisis mitbrachte, Liquidationen, Fusionen usw., an denen doch auch etwas zu verdienen war.

Nach diesem vorgreifenden Exkurs kehren wir aber zurück zur Darstellung der Entwicklung des Bankwesens. Es entstanden, so sehen wir, zahlreiche neue Banken für Effektenhandel, Banken anderer Geschäftszweige widmeten sich dem Effektengeschäft, endlich, das muss auch erwähnt werden, schossen zahlreich „wie die Friseurstuben" die „Börsenkontors" aus der Erde, die jüngsten Bankgehilfen eröffneten einen Laden, lösten eine Börsenkarte und handelten für das Publikum Effekten.

Nach Max Wirth entstanden 1871 in Norddeutschland 58 Banken mit 525 300 000 Mk., 1872 in Preussen 49 Banken mit 345 615 000 Mk., 1873 in Preussen (1. Semester) 23 Banken mit 30 380 000 Mk. Nominalkapital. Das sind ungeheure Zahlen, aber doch nicht so ungeheuer, wie es zuerst den Anschein hat. Einmal ist das Nominalkapital der Banken nur selten voll, oft nur mit 40 Prozent einge-

4. Auf Seite 288.

zahlt. Dieser Tatsache gegenüber verschwindet die Bedeutung der anderen, dass durch hohes Agio oft ein das Nominalkapital übertreffender Betrag eingezahlt wurde.

Sodann dürfen wir folgendes nicht vergessen: Die Provinzialdiskontogesellschaft hatte 30 Mill. Taler Nominalkapital. Sie verwandte es zur Errichtung von anderen Banken. Diese sind in unserer Aufstellung wieder mit ihrem ganzen Kapital genannt; obwohl doch der von der Muttergesellschaft hergegebene Betrag in unserer Aufstellung schon einmal genannt wurde. Das ganze Kapital der Provinzialdiskontogesellschaft müsste in der Statistik unberücksichtigt bleiben, wenn man ermitteln wollte, welche Anforderungen die Bankgründungen an den Kapitalmarkt stellten.

Wenn wir sehen wollen, wie sehr sich die Zahl der vorhandenen Banken vermehrte, müssen wir wieder die Zahl der Statistik sehr kritisch lesen. Wir wissen nicht, wie viele von den 130 Banken neu gegründet sind, wie viele schon längst bestanden und jetzt nur in den Besitz von Aktiengesellschaften übergingen. Uebrigens findet in dem letzteren Falle auch keine Belastung des Kapitalmarktes statt, da das vom Verkäufer der Bank erhaltene Geld dem Markt gleich wieder zufliesst. Die Zahl der neu gegründeten Banken, die Höhe des in den Banken angelegten Kapitals können wir aus der Statistik nicht ersehen. Wir lernen nur, dass einmal die ganze Krisenstatistik sehr, sehr kritisch und mit Vorbehalten benutzt werden muss, wir lernen aber auch aus ihr etwas Positives, dass nämlich Zahl und Kapitalkraft der Banken sehr zugenommen haben und dass sich die Aktiengesellschaft als Unternehmungsform im Bankgewerbe einzunisten beginnt.

An die Betrachtung der Effektenbanken kann die Betrachtung der Krisis im Bau- und Industriewesen anknüpfen. Die Banken haben die Bau- und Industriegesellschaften gegründet, sie haben zweitens das Publikum zur Spekulation herangezogen. Widmen wir uns nun erst der Betrachtung

der erstgenannten Tätigkeit der Banken, der Versorgung des Publikums mit Papieren.

Die Effektenbank hat die Aufgabe, als ehrlicher Makler die heimischen Kapitalien lohnenden Anlagen zuzuführen. Das ist ein sehr wichtiges Geschäft. Seit dem Ende der 1860er Jahre kehrte in Deutschland Zuversicht und Vertrauen auf die politische Zukunft und auch die wirtschaftliche Entwicklung Deutschlands ein. Wie schon oben ausgeführt wurde, wandte sich daher das Kapital heimischen Werten, zuerst Bahnen und Banken, besonders Hypothekenbanken zu. Es dauerte nicht mehr lange, dann waren heimische Werte die beliebtesten Anlagepapiere, wenn auch noch 1869 und in den folgenden Jahren ausländische Fonds und Prioritäten ins Land kamen.

Die Anlagensucher wurden nun von den Effektenbanken nicht nur reichlich versorgt, sondern das Angebot von Papieren überstieg bald die Nachfrage, wenigstens die Nachfrage derer, die da kauften, um die Effekten zum Zinsgenuss zu behalten. Diejenigen aber, die da kauften, um wieder zu verkaufen, konnten natürlich lange grosse Mengen von Werten aufnehmen. Diese Werte, die nicht in feste Hände gelangten, den Emittenten vielmehr nur zum Zwecke des Handels abgenommen wurden, das sogenannte „flottante Material", wurden im Verlaufe der Spekulationsära immer zahlreicher, standen schliesslich ganz ausser Verhältnis zu dem fortwährenden Kapitalzufluss und hätten ein allmähliches Fallen der Kurse hervorrufen müssen, selbst wenn die angebotenen Werte alle gut gewesen wären.

Welcher Art waren nun die Effekten, welche dem Publikum neu angeboten wurden?[5] Wir haben auf einer besonderen Tabelle eine Uebersicht über den Berliner Effektenmarkt der 1870er Jahre gegeben, die ungefähr die Emissionstätigkeit der Zeit wiederspiegelt. Freilich sie gibt nur die Emis-

5. Siehe Beilage No. II.

sionen der grossen Häuser an; die kleinen Bankiers, die in Konsortien zusammentretend Fabriken und Brauereien in Aktiengesellschaften mit noch nicht einer Million Stammkapital verwandelten, brachten ihre Effekten nicht an die Börsen. Dennoch können wir aus der Statistik eine starke Zunahme der Effektenmenge ersehen, am 31. Juli 1873 wurden 48,2% mehr Papiere gehandelt, und amtlich notiert, als am 31. Dezember 1870.

Weiter sehen wir aus unserer Tabelle eine Verschiebung der Stärkeverhältnisse der Kategorien untereinander. Die Zahl der deutschen Staatspapiere stieg fast nicht, die der fremden Staatspapiere und der Hypothekenpfandbriefe aber um 60%.

Die Zahl der heimischen Eisenbahnaktien stieg nur um 35,7%, die der ausländischen aber um 169%. Das zeigt, dass einmal weniger Eisenbahnen in der Spekulationszeit gegründet wurden, als die Darstellungen jener Zeit oft vermuten lassen, neue Linien auch häufig von alten Gesellschaften durch Obligationsausgabe zustande gebracht wurden. Ferner sehen wir einen erstaunlich grossen Import von fremden Eisenbahnaktien in einer Zeit, wo man glauben sollte, dass doch wahrlich genug deutsche Werte entstanden seien. Einheimische Eisenbahnobligationen vermehrten sich um 20,7, fremde um 130,3%. Wieder wird uns so ein unglaubliches Eindringen fremder Eisenbahnwerte nach Deutschland gezeigt.

Dass sich die Zahl der Aktienbanken um 74,4% erhöhte, wundert uns nach der angestellten Betrachtung der Entwicklung des Bankwesens nicht mehr. Wir wissen, es bedeutet das eine Vermehrung der Banken überhaupt, noch mehr bedeutet es, dass das Bankgewerbe sich der Aktiengesellschaft immer mehr als Unternehmungsform bedienen lernte.

Die Jndustrieaktien vermehrten sich um 222,2%. Wir wissen nicht, ob die 20 neu notierten Aktien von neu gegründeten Unternehmungen stammen, oder ob sie Umwand-

lungen bestehender Unternehmungen ihr Dasein verdanken.

Ausländische Eisenbahnaktien, Banken- und Industriepapiere sind also, sehen wir aus unserer Statistik, in der Zeit von 1870—73 die neu aufgenommenen Objekte des Börsenhandels.

Neben dem amtlichen Kurszettel haben wir noch eine andere Quelle für die Ermittlung der Papiere, welche die Banken dem Publikum in der Spekulationszeit angeboten haben. Max Wirth hat in seiner Geschichte der Handelskrisen[6] eine Zusammenstellung sämtlicher 1871, 1872, 1873 (I. Semester) gemachten Gründungen gegeben, die zwar nur preussisch-norddeutsche Verhältnisse berücksichtigt, aber uns unschätzbar ist, weil sie auch die nicht börsengängigen Papiere kennt. Nach ihr würden in Preussen binnen $2^1/_2$ Jahren nicht viel weniger als 1000 Aktiengesellschaften gegründet sein. Andere setzen die Zahlen anders an. Nach den Zusammenstellungen des „deutschen Oekonomist"[7] wurden in Deutschland 1871—73 928 Aktiengesellschaften mit 2,8 Milliarden Kapital gebildet. Wir sehen, auch hier haben wir keine ganz festen Zahlen. Immerhin zeigen sie uns, dass eine ungeheure Menge von Papierwerten geschaffen worden sind durch die neuen Aktiengesellschaften. In Verbindung mit den gleichzeitig emittierten Pfandbriefen und Staatspapieren mussten sie das Angebot an Anlagepapieren unerhört steigern.

Jedoch ist dies von allen Historikern der Krisen übermässig betont worden. Alle haben mit einer Art Sportsfreudigkeit die hohen Zahlen genannt und durch einfache Addierung die Ansprüche zu ermitteln gesucht, die an den Kapitalmarkt gestellt wurden. Meistens bewundern sie im Anschluss daran die Festigkeit des Kapitalmarktes und staunen, wo all das viele Geld herkam, die Papiere aufzunehmen.

---

6. Zweite Auflage S. 473 ff.

7. Sombart, Die deutsche Volkswirtschaft S. 566.

So liegen die Dinge dann aber doch nicht. Auch diese Statistik will geprüft sein. Wir möchten denen gegenüber, die aus der Gründung so vieler Aktiengesellschaften eine ungeheure Belastung des Kapitalmarktes folgern, behaupten, dass ein grosser Teil eben jener Gründungen dem Kapitalmarkte wieder grosse Mengen Kapital zuführte, dass die Inanspruchnahme des Kapitalmarktes durch sie nur eine scheinbare ist, dass eben die Gründungen, diese Mobilisierung alten Besitzes die Möglichkeit schaffen halfen, dass so viele Staats- und Eisenbahnpapiere Käufer finden konnten. Merkwürdigerweise haben die bisherigen Krisenhistoriker diese Betrachtungen unterlassen und sich darin gefallen, die Inanspruchnahme des Kapitalmarktes als eine möglichst ungeheuerliche darzustellen.

Prüfen wir nun einmal die einzelnen Posten der Tabellen Wirths,[8] der die 1871 in Norddeutschland gegründeten Gesellschaften einzeln aufzählt. Da entfallen 44,8 % des ganzen Nominalkapitals auf Banken. Nun wissen wir bereits, dass viele Bankgründungen uns Umwandlungen bestehender Unternehmungen sind, also keine Inansspruchnahme des Kapitalmarktes zur Folge haben, dass ferner Banken oft ihr Geld in andere Banken gesteckt haben, das bei der Statistik deshalb doppelt erscheint. Sodann ersehen wir aus Wirths Tabellen, dass bei 34 von 72 Banken nur 40, höchstens 50 % Einzahlung geleistet ist, was wieder zu einer starken Reduktion der Zahlen der Statistik zwingt. Statt um 175 Mill. Taler, von denen sie spricht, dürften dem Kapitalmarkt noch nicht 175 Mill. Mark entnommen sein.

Diese jedoch sind nun dem Kapitalmarkt entzogen. Aber sie schwächen ihn dadurch nicht. Im Gegenteil, in ihrer neuen Verwendung als Bankenkapital dienen sie ihm in besonderem Grade. Es braucht keines weiteren Beweises, dass Geld in der Hand von Banken den Markt mehr erleich-

8. Siehe Beilage No. III.

tert, wie in der Hand von Bankiers. Wir sehen also, dass die Bankengründungen, deren Nominalkapital 45 % des Gesamtnominalkapitals betrug, keine Belastung, in gewissem Sinne eine Erleichterung des Marktes bedeuteten.

Die 13 Baugesellschaften, auf die 7 % des Kapitalverbrauchs kamen, absorbierten tatsächlich Kapital, wenigstens soweit sie wirklich bauten. Zu einem grossen Teile beschränkten sie sich aber darauf, Grundstücke zum Zweck des Wiederverkaufs zu erstehen. Alle aber haben Grundstücke gekauft, wodurch Hypothekengelder frei wurden, die sofort dem Kapitalmarkt zuflossen, wodurch die ehemaligen Haus- oder Grundbesitzer Besitzer von Geldkapital wurden, das sie bekanntlich schleunigst an die Börse brachten. Also auch die Baugesellschaften entzogen nicht den ganzen Betrag ihres Nominalkapitals, das auch oft nicht voll eingezahlt worden sein mag, dem Verkehre dauernd.

Bei den Bergwerksgründungen fand dagegen eine dauernde Festlegung von Kapital statt, soweit es sich hier nicht auch um blosse Umwandlungen in Aktiengesellschaften handelte. 1871 entfallen nur 5,0 % des Gesamtkapitals auf Berg- und Hüttenwerke.

Die Bierbrauereien unserer Liste sind fast sämtlich — einige kleinere sind ausgenommen — nur Umwandlungen bestehender Unternehmungen in Aktiengesellschaften. Sie lassen die 2,7 % des Gesamtkapitals, die sie erforderten, sofort an den Kapitalmarkt zurückfliessen, soweit dieselben nicht zu Erweiterungen der Etablissements gebraucht wurden.

Doch es wäre ermüdend, die Posten unserer Tabelle einzeln durchzugehen, nur über die beiden grössten sei noch ein Wort erlaubt. Die Eisenbahnen erlangten 19,5 % der Gesamtsumme von 390 Mill. Talern. Das für Eisenbahnen verwandte Geld wird nicht an den Markt zurückgeführt, es wird für Löhne und Materialien ausgegeben. Wir könnten also glauben, die 76 Mill. Taler für Eisenbahnen seien dem

Kapitalmarkt wirklich entzogen worden. Aber wir wissen, dass die Aktien der pommerschen Zentralbahn sehr billig, weit unter Pari verkauft wurden, wissen, dass die rumänische Eisenbahnaktiengesellschaft bei ihrer Gründung keinen Pfennig erforderte, während sie in unserer Statistik den Markt mit 52,3 Mill. Talern belastet. Es wurden nämlich an Strousbergs Obligationsgläubiger jetzt einfach Aktien gegeben, nachdem Strousberg von seinem verunglückten Unternehmen zurückgetreten war. Also auch die unter „Eisenbahnen" gebuchte Summe erfordert starke Reduktionen.

Weiter finden wir 20 Maschinenbauanstalten aufgeführt, die 19,5 Mill. Taler Nominalkapital haben. Wie für alle die anderen Fabrikgruppen gilt für sie das von den Brauereien schon Gesagte, soweit sie früher schon bestanden und nun nur in Aktiengesellschaften verwandelt wurden, entzogen sie dem Markte nur vorübergehend Geld. Wenn aber — und das war allerdings oft der Fall — mit der Umwandlung der Fabrik eine Erweiterung ihrer Betriebsanlagen verbunden war, wurde Kapital festgelegt.

Nach diesen Betrachtungen können wir die Zahlen der Gründungen und ihre Kapitalbeträge mit etwas weniger Staunen und mehr Verständnis lesen. Sie bedeuten zwar wirklich eine Vergrösserung des Produktionsmittelvorrats, eine Festlegung von Kapital. In viel höherem Masse aber bedeuten sie eine Mobilisierung des Besitzes von Produktionsmitteln. Sie zeigen uns, wie sich die Aktiengesellschaft aufwirft zur herrschenden Unternehmungsform. Die Mobilisierung der Industrie durch die Aktiengesellschaft, die Mobilisierung des Hypothekenbesitzes durch die Pfandbriefinstitute haben den Grund gelegt, auf dem sich die Spekulation entfalten konnte. Der Gutsbesitzer, der Fabrikant, der durch erleichterte Aufnahme von Pfandbriefhypotheken, durch Verwandlung seiner Fabrik in eine Aktiengesellschaft sich Geld verschaffte, nahm zwar den Kapitalmarkt in Anspruch. Aber meistens führte er das gewonnene Geld der Spekulation zu.

Diese aber nimmt stets mehr Werte auf, als „feste Hände“ gleicher Kapitalskraft. Eben die Mobilisierung alles Besitzes hat die Emission immer neuer Werte, auch solcher, die wie Eisenbahnen und Staatspapiere Kapital in Masse absorbieren, erst ermöglicht. Nicht trotz, sondern infolge der vielen Gründungen konnten in den Jahren 1870—1873 so sehr viele Effekten ein leidliches Unterkommen finden.

Werfen wir noch einen vergleichenden Blick auf die Tabellen der Gründungen der Jahre 1871, 1872, 1873, I. Semester.[9] Zunächst können wir konstatieren, dass die im Anfang errichteten Aktiengesellschaften grösser waren wie die von 1873. Das Durchschnittsnominalkapital sank beträchtlich herab. Das bedeutet, dass allmählich immer mehr die Aktiengesellschaften auch für kleine Betriebe eine beliebte Unternehmungsform wurden. Diese Erscheinung wird noch deutlicher, wenn wir einmal die Bergwerksgesellschaften ausser Acht lassen. Das Durchschnittskapital stellt sich dann

für	1871	auf	4,62	Mill Mk.
„	1872	„	3,09	„ „
„	1873	„	1,77	„ „

Neben der Tendenz, die Aktiengesellschaft auch bei kleinen Etablissements zur Unternehmungsform zu machen, können wir aus unseren Tabellen durch Vergleich der Gründungstätigkeit der drei Jahre den Hang zur Spekulation, die Neigung zu unsicheren Geschäften erkennen, die allmählich einrissen. Die Baugesellschaften, die meistens nicht bauen, sondern nur in Grundstücken spekulieren wollten, machten 1871 7 % der Gründungen, 1872 dagegen schon 14,9, 1873 noch 10 % aus. Den Berg- und Hüttenwerken wandten sich 1871 5,6, 1872 19,9, 1873 sogar 46,6 % des Kapitals zu. Es ist bekannt, dass die Rentabilität eines Bergwerks kaum zu beurteilen ist, ehe es jahrelang in Betrieb ist. Deshalb eignete

9. Beilage III.

sich das Bergwesen vorzüglich dazu, einer schon heiss erregten Spekulation Objekte zu liefern.

Die Bankgründungen erforderten

1871 44,8%
1872 22,7%
1873 18,9%.

des gesamten aufgewandten Kapitals. Der auffällige Rückgang in der Bankengründerei ist vielleicht daraus zu erklären, dass die Zahl der Privatbankiers, die „sich gründen liessen", schliesslich alle wurde.

Von dem Bestreben, die Mobilisierung der industriellen Unternehmungen immer weiter auszudehnen, von der Tendenz, Papiere von unberechenbarem Wert zur Spekulation zu schaffen, wurde die Entwicklung des Gründertreibens getragen.

Ausser mit heimischen Gründungen wurde unser Markt auch mit unzähligen ausländischen Papieren beglückt. Betrachten wir[10] die Tabelle, die wir nach den Angaben des Moniteur des intérêts matériels zusammengestellt haben, um uns die Emissionstätigkeit der ganzen Welt in der Spekulationszeit zu veranschaulichen. Wieder können wir nicht recht mit in die üblichen Verwunderungsrufe über die Höhe der Zahlen ausbrechen. Wie wir über die 17,62 Milliarden Franks, die für Kreditanstalten, Eisenbahnen und die Industrie verwendet sein sollen, zu denken haben, wissen wir ja bereits. Aber auch die Zahl 21,52 Milliarden, die die Höhe des Kapitalverbrauchs durch Staaten und durch Kommunen angeben soll, müssen wir sehr kritisch betrachten. Einmal sind in der Zahl 11,7 Milliarden 1871 die 6 Milliarden einbegriffen, die die Vereinigten Staaten von Nordamerika zur Konversion einer alten Schuld aufnahmen, was zum Beispiel Wirth übersieht. Ziehen wir sie ab,

---

10. Siehe Beilage IV.

bleiben als Gesamtbetrag der in den drei Jahren 1871 bis 1873 kontrahierten öffentlichen Anleihen nur noch 15,52 Milliarden übrig. Diese sind wohl aber alle erheblich unter Pari begeben worden. Wir wollen uns nicht auf waghalsige Schätzungen einlassen, fest behaupten können wir aber, dass auch von der reduzierten Summe 15,52 Milliarden noch erheblich mehr als 10 % abzuziehen sind, zumal unter den Anleihenehmern Russland, die Türkei, die Donaufürstentümer und Spanien vertreten sind, zumal auch die dominierende französische Rente stark unter Pari abgegeben wurde. Wenn zuletzt noch bedacht wird, dass die in Frankreich aufgenommenen Anleihen durch Rückzahlungen deutscher öffentlicher Schulden ausgeglichen wurden, so wird man uns beistimmen, wenn wir die Zahlen des Moniteur etwa auf ihre halbe Höhe reduzieren möchten. 20 Milliarden Franks wird die richtige Summe sein, mit der der internationale Kapitalmarkt belastet worden ist, vielleicht ist sie noch zu hoch gegriffen. Aber auch sie ist noch gewaltig, wenn man sie an den Zahlen früherer Jahre misst. Die Emissionen des Jahres 1871 waren dreimal so umfangreich, wie die von 1868, doppelt so gross wie die von 1870. Von diesen ungeheuren Werten nahm nun Deutschland einen hohen Anteil auf. Es konnte das vermöge der allmählich in den Verkehr gelangenden Milliarden und der stark fortschreitenden Mobilisierung des Besitzes.

Wir haben geglaubt, in den vorstehenden Betrachtungen uns über die Ausdehnung der Emissionen, des Gründungswesens, näher verbreiten zu müssen. Es gilt nun noch einiges über die Qualität der Gründungen zu erzählen, über die Arten der neu entstandenen Effekten.

Ein trauriges Bild wird sich da vor unseren Augen entrollen. Die Qualität der neuen Gründungen, nicht allein ihre Ueberzahl, war das, was die Krisis herbeiführen musste. Es gibt Krisen, die hervorgerufen werden dadurch, dass die Produktion dem Bedarf voraneilt, dass die Produkte

im Preise fallen, die Produktion deshalb eingeschränkt werden muss, die Produzenten ruiniert, die Arbeiter brotlos werden. Eine solche Krisis war die Berliner Krisis im Anfang nicht, erst in ihrer Fortdauer nahm sie die angedeuteten Züge an. Sie begann als eine reine Börsenkrisis, als eine Spekulations-, eine Schwindelkrisis.

Gehen wir im folgenden etwas ein auf einige Gründer und Gründungen. Wir sind hier gut unterrichtet durch die Skandalbücher Glagaus, durch Wirth und Meyer. Ueber die Gründungen der vornehmen Banken berichten Model-Loeb, die Festschrift der Diskontogesellschaft und die Gegenschrift dazu von Lindenberg.

Von den Gründungen der Gewerbebank Schuster haben wir schon gesprochen. Sie waren zum grössten Teil unsichere Unternehmen, warfen anfangs hohe Dividenden ab, um dann bald tief zu stürzen.

Die preussische Boden-Kredit-Aktien-Bank haben wir gleichfalls als eine dem Gründungstaumel verfallene Bank genannt. Unter ihres Direktors Schwedes Leitung emittierte sie ein Effekt nach dem anderen, das stets dem Nominalwert nicht entsprach, stets von grossen Gründergewinnen belastet war. Mit der Einführung der Aktien der Dannenbergerschen Kattunfabrik verlor die Bank alles Ansehen. Ihr Leiter dankte ab, sie kehrte zu ihren eigentlichen Geschäften zurück. Eine von ihr an die Börse gebrachte Gründung wollen wir noch näher betrachten, den Lindenbauverein. Dieser wurde zu dem Zwecke gebildet, eine neue Strasse mit lauter Prachtläden von den Linden nach der Behrenstrasse durchzulegen. Man kaufte dazu 7 Grundstücke, vier davon von einem Mitgliede des Gründerkonsortiums, Paul Munk. Dieser hat nach Glagaus nicht bestrittener Aussage an diesen vier Häusern enorm verdient. Die Häuser Unter den Linden 17 und 18, einstmals die Residenz des Eisenbahnkönigs Stroussberg, hatte er 1870 für 600 000 Taler gekauft. Jetzt erhielt er für sie 1 750 000 Taler, 300 000 Taler gewann

er ausserdem an den 2 Häusern in der Behrenstrasse. Die Aktien wurden von der preussischen Bodenkredit-Aktienbank unter Missbrauch des Emissionskredits bei der Börse eingeführt und abgesetzt. Kein Mensch ahnte, dass die hohen Gründungsgewinne, die Munk mit seinen Mitgründern teilte, auf dem Unternehmen ruhten. Die Durchlegung der Strasse musste obendrein auf polizeiliches Verbot hin unterbleiben, der Entschluss, nunmehr eine Privatstrasse zu bauen, musste nach dem Eintreten des Krachs aufgegeben werden. Die Aktionäre waren schwer geschädigt, die Aktien sanken tief herab. Jetzt wird der Platz der ehemaligen Stroussbergschen Wohnung von einem stolzen Hotel eingenommen.

Paul Munk war der Urheber dieser Gründung gewesen, die die Bank des Herrn Schweder ihren Kunden empfahl. Munk hatte, als er sie ins Leben rief, schon eine andere, nicht viel bessere auf dem Gewissen. Schon im März 1870 hatte er den Aktienbauverein Passage gegründet, 1873 wurde am 22. März die „Kaisergallerie" feierlich eröffnet. Der Bau stellte aber eine völlige Fehlspekulation dar, die Restaurants in demselben waren schwer vermietbar, die Läden ebenfalls, das erbaute Kapital hat sich niemals verzinst. Wenn die Passage jetzt $4^1/_2{}^0/_0$ Dividenden gibt, so ist das nur durch mehrmalige Zusammenlegungen ermöglicht worden.

Es ist nicht uninteressant, Munks Hauptwerke zu betrachten, der Schritt von der waghalsigen Passagespekulation zu der moralisch nicht einwandfreien Lindenbauvereinsgründung ist typisch. Erst gründete man mutig, dann waghalsig, schliesslich scheute man nicht mehr vor Unredlichkeiten zurück.

Gesünder waren die Unternehmungen Hermann Gebers, der sich ebenfalls seit 1870 der Verschönerung Berlins widmete. Er kaufte in der Kommandantenstrasse eine alte Kaserne, setzte an ihre Stelle ein Industriegebäude mit Läden und Kontors, kaufte die benachbarten Grundstücke hinzu

und schuf durch ihre Niederlegung die Beuthstrasse, die ebenfalls Läden und andere Geschäftsräume enthielt. Diesen ganzen Besitz verkaufte er dann an eine dazu errichtete Gesellschaft, die Berliner Zentralstrassengesellschaft, wobei er nach eigener Angabe 250 000 Taler verdiente. Das Unternehmen war, wenn auch durch einen hohen Gründergewinn beschwert, so doch lebensfähig. Es wurde ungünstiger, nachdem Geber noch einen zweiten Häuserkomplex an die Gesellschaft verkauft hatte, welche auf seiner Stelle das Zentralhotel mit dem Wintergarten errichtete.

Diese wie viele andere Unternehmungen waren an sich löblich. Aber man muss wohl sagen, dass sie den Bedürfnissen zu sehr entgegen kamen, ja vorangingen. Deshalb ist es ihnen erst spät gelungen, rentabel zu werden. Das Admiralgartenbad, der Kaiserhof, die Flora, alles Schöpfungen nicht ohne Bedeutung, konnten lange nicht hochkommen, weil sie einmal in einer Zeit gebaut waren, wo die Baukosten unverhältnismässig gross waren, dann aber, weil sie nicht einem lange gefühlten Bedürfnis nachkamen, sondern der Freude am Gründen entsprungen und oft mit Gründergewninen beschwert waren. Wir wollen nicht alle grossen Bauunternehmen aufführen, Zentralstrasse, Passage, Lindenbauverein mögen genügen.

Nur kurz hindeuten wollen wir darauf, dass von all dem, was uns jetzt unentbehrlich erscheint, Strassenbahn, Stadtbahn, Markthallen, Omnibusgesellschaften, wenigstens die Projekte in jene Zeit zurückreichen.

Ferner wollen wir auf die eigentlichen professionellen Baugesellschaften einen Blick werfen. Eduard Mamrots „Zentralbank für Bauten", Heinrich Quistorps „Vereinsbank" waren die Sonnen, um die sich die bekanntesten derselben gruppierten. Die Zentralbank baute Häuser, noch mehr aber beschäftigte sie sich mit dem Handel mit fertigen Häusern und dem Spekulieren in Baustellen. Daneben betrieb sie alle Geschäfte einer Effektenbank, grün-

dete und reportierte an der Börse. Vier Tochtergesellschaften, Ostend, Südend, Citty und Cottage schenkt sie das Leben. Alle haben anfänglich Dividenden gehabt, die höher waren, als die späteren Kurse ihrer Aktien. Indem man nämlich die gekauften Grundstücke unter Annahme einer Wertsteigerung höher zu Buche brachte, und einen Teil des Besitzes verkaufte, rechnete man einen ungeheuren Gewinn heraus, der es ermöglichte, den ganzen Erlös aus dem Verkauf als Dividenden auszuschütten. Es lag also in der Tat eine Kapitalrückzahlung vor. Als nach dem Krach die Grundstückspreise fielen, mussten grosse Abschreibungen gemacht werden, von Dividenden war keine Rede mehr. Uebrigens waren viele Baugesellschaften nicht ganz so schlimm wie ihr Ruf. Auf die widernatürlich hohen Grundstückspreise folgten ebenso unnatürlich niedrige, sodass man die Baugesellschaften nicht nach ihren Dividenden und Kursen von 1874—75 beurteilen darf. Die Tatsache, dass die allgemeine abwärts gerichtete Preisbewegung länger anhielt, als die eigentliche wirtschaftliche Depression,[11] hat den Baugesellschaften die Wiedergesundung erschwert. Sie haben den ersten Preissturz der Grundstücke zum Teil nicht überlebt, gerieten in Konkurs oder Liquidation und verursachten ihren Aktionären mehr Schaden, als ihr innerer Wert das eigentlich nötig erscheinen liess.

Unter den vielen Schöpfungen Quistorps finden sich auch zwei Baugesellschaften, die eine „Westend", die andere „deutscher Zentralbauverein" genannt. Sie zahlten anfangs 17 und 15 % Dividenden, ihre Kurse standen später auf —10 und 1 %! Charakteristisch für ihre Gründer ist der innige Zusammenhang beider Gesellschaften. Der Bauverein hatte die Aufgabe, die baulichen Ausführungen der Westendgesellschaft mitzuleiten, die letztere sollte dagegen seine Bauterrains kommissionsweise parzellieren. — Neben den ge-

11. Vergl. Kapitel III der Arbeit.

nannten Bauvereinen gab es noch ca. 100 andere, allein in Berlin.

Die Methode, immer eine Gesellschaft mit der andern zu verkoppeln, hat Quistorp auch bei seinen massenhaften sonstigen Gründungen befolgt. Wie sich die Hochgebirgstouristen zusammenseilen, verband Quistorps Vereinsbank ihre Schöpfungen untereinander und mit sich. Statt dass aber die Unternehmungen in der Zeit der Not einen Halt an einander gehabt hätten, rissen sie einander nur in den Abgrund hinein. Gleichzeitig mit der Vereinsbank Quistorps, fiel eine Zahl seiner vielen Gründungen, viele mussten liquidieren, was übrigens der Vereinsbank auch noch gelang. Der Fall Quistorp, hat die Krisis in Berlin zum Ausdruck gebracht. Nach seinem Sturz überkam die Börse und das Publikum allgemeines Misstrauen. Als eins der Quistorpschen Effekte nach dem anderen wertlos wurde, da hatte die Baisse unbeschränkte Herrschaft an der Berliner Börse, die damals nicht mit Unrecht eine Entwertungsmaschine genannt wurde. Denn Quistorp hatte im Publikum wie an der Börse unbedingtes Vertrauen genossen, seine Werte hatten als gute Anlagepapiere gegolten.

Schweder, Munk, Mamroth, Quistorp, das sind die Haupthelden der Gründerzeit im schlechten Sinne. An ihre Seite tritt mit einem bitterbösen Effekt die vornehme Diskontogesellschaft, die in jener Zeit die „Dortmunder Union" schuf, deren Aktien von Anfang an bis jetzt ein Spielpapier ersten Ranges waren. Model-Loeb[12] schildert den Hergang der Sache kurz so: Die Diskontogesellschaft hatte 1872 von Stroussberg eine ganze Reihe von Zechen übernehmen müssen, brachte dieselben einer Gesellschaft ein, die mit 11 Millionen Talern Aktienkapital gegründet wurde. Es wurden weiter eingebracht die Besitzungen der Gesellschaften Neuschottland und Heinrichshütte, an de-

12. Die grossen Berliner Effektenbanken S. 27.

nen die Diskontogesellschaft und ihre Inhaber seit 1856 mit grossem Verlust beteiligt waren. Die Aktionäre der alten Gesellschaften erhielten 6 Mill. Taler Aktien, vom Rest wurden 4 Mill. zum Kurs 110 emittiert. Die Aktien wurden bis 228 getrieben,[13] fielen dann bis auf ca. 12! Die vorübergehende glänzende Eisenbahnkonjunktur hatte einmal eine Dividende von 12 % ermöglicht. Das ganze Unternehmen stand auf unsicheren Grundlagen und rentiert heute noch nicht die hineingesteckten Kapitalien. Man muss aber anerkennen, dass die Diskontogesellschaft alles mögliche getan hat, für die Unionsaktionäre zu retten, was zu retten war, dass sie bei der fehlgeschlagenen Spekulation am meisten verloren haben mag.

Neben dieser verunglückten Gründung leistete die Diskontogesellschaft auf dem Gebiete des Bergwerkwesens auch noch etwas besseres; die Gelsenkichner Aktien, ein heute noch an der Börse führendes Papier, wurden von der Diskontogesellschaft emittiert.

Vereinigte Königs- und Laurahütte, ein Papier von gleich grosser Bedeutung wurde 1871 vom Hause Bleichröder an den Markt gebracht und sehr glänzend aufgenommen. Die Hütten haben dauernd Dividenden gebracht.

Louise-Tiefbau, auch ein Papier, das bis heute wichtig blieb, stammt gleichfalls aus jener Zeit. Es wurde zum Kurse von 115 durch die preuss. Bodenkredit-Aktienbank emittiert, die auch hierbei ihren Emissionskredit ungeheuer missbrauchte, wenn man auch nicht „Louise-Tiefbau" der Union gleichstellen darf. — Man kann wohl sagen, dass in jener Zeit alle Bergwerkspapiere entstanden sind, die heute eine Rolle spielen. Bei den meisten dieser Gründungen handelte es sich auch nur um Umwandlungen bestehender Unternehmen in Aktiengesellschaften. Fast immer ging aber mit der Umwandlung eine Betriebserweiterung Hand

13. Glaugau, I S. 76.

in Hand, zu welcher die beispiellos günstige Eisen- und Kohlenkonjunktur verlockte. Es betrugen nämlich in England[14]

im Jahre	die Roheisenproduktion in Mill. Tonnen	der mittlere Preis ch.	d	der freie Vorrat in Mill. Tonnen
1867	4,7	52	6	0,644
1868	4,9	52	9	0,720
1869	5,4	53	3	0,735
1870	5,9	54	4	0,782
1871	6,6	59	0	0,558
1872	6,7	101	10	0,235
1873	6,8	117	3	0,200

Sobald die ungewöhnliche Nachfrage nach Eisen und Kohle nach dem Krach nachliess, musste die gesteigerte Produktion eingeschränkt werden. An manchen Zechen war sie überhaupt nur unter Voraussetzung jener Preise möglich gewesen, die doch nur Ausnahmepreise sein konnten.

Nach Oechelhäuser betrugen die Durchschnittsdividenden[15]

in den Jahren	1870	1871	1872	1873	1874
bei d. alten Gesellschaften	7,08	9,58	15,69	19,28	9,96 %
„ „ neuen „		8,83	10,80	7,02	2,91 %.

Die Dividendenbewegungen bei den neuen Bergwerksgesellschaften verläuft also ziemlich wie die der alten. Die meisten Montanpapiere waren besser als ihr Ruf nach dem Krach. Auf die schlechte Eisen- und Kohlenkonjunktur folgten andere bessere. Die Kurse und Dividenden von 1874 geben so wenig wie die von 1872 ein wahres Bild von dem Wert der Montanpapiere.

Werfen wir nun noch einen überschauenden Blick auf die Industrieaktien, an denen die Gründerjahre am meisten ge-

---

14. Nach Turgan-Baranowski, die Handelskrisen in England.
15. Die wirtschaftliche Krisis S. 45.

segnet waren. Hier sieht es traurig aus. Während die schon 1870 existierenden Gesellschaften eine schöne gleichmässige Entwicklung hatten, sie zahlten nämlich:[16]

1870	1871	1872	1873	1874
5,51	6,64	7,92	6,24	5,88 %

Durchschnittsdividenden, so sehen wir die neuen Industrie-Gesellschaften mit hohen Dividenden und Kursen beginnen und dann von stolzer Höhe herabstürzen. Nach Oechelhäuser, der aber mit Unrecht die Baugesellschaften einbegreift, betrugen die Durchschnittsdividenden und Durchschnittskurse ihrer Aktien, letztere nach den Notierungen des 31. 12. jedes Jahres berechnet:

1871	1872	1873	1874	1875
10,38	8,40	3,32	2,03 %	
	92		40	30

Etwas weniger schwarz würde das Bild werden, wenn man die Baugesellschaften ausser Betracht liesse, bei denen von 37 im Jahre 1874 24 keine Dividende bezahlten. Immerhin bleibt das Bild, das die Entwicklung der neuen Aktiengesellschaften bietet, ein sehr trübes.

Dem Vergleich der alten und der neuen Industriepapiere müssen noch einige Worte gewidmet werden. Er zeigt uns nämlich, dass man die Krisis von 1873 nicht als eine Ueberproduktionskrisis vom reinsten Wasser auffassen darf. Wäre durch übermässig viele neue Unternehmen in allen wichtigen Produktionszweigen allgemeine Ueberproduktion an Gütern eingetreten, die preisdrückend wirkend die Produzenten ruiniert hätten, so würden die alten Unternehmen vom Krach ungefähr ebenso schwer betroffen worden sein, wie die neuen. Dem ist aber nicht so. Die Krisis, der die neuen Betriebe zum Opfer fielen, war verschuldet, weniger durch eine zu sehr gesteigerte Produktion, als durch Fehler bei ihrer Grün-

16. Nach Oechelhäuser a. a. O. S. 47.

dung. Die neuen Fabriken laborierten an ihren hohen Herstellungskosten, an ihren hohen Gründergewinnen, kurz an Ueberlastung mit Kapital. Das musste sich rächen. — Nur in der Montanindustrie, vielleicht auch in der Maschinenindustrie war über den dauernden Bedarf produziert worden. Erst später zeigte sich in den anderen Produktionszweigen mangelnder Absatz. Der aber wurde verursacht durch die durch die Spekulationskrisis bedingte verminderte Konsumtion von Bedarfsgütern — denn wie vorher der Luxus, kam nun die Sparsamkeit an die Tagesordnung — und von Produktionsmitteln — denn es fehlte jeder, auch der gerechtfertigste Glaube an die Zukunft. — So verstärkte sich der Druck, den die Geldwertverminderung[17] auf die Warenpreisbewegung ausübte, von Jahr zu Jahr und verschärfte die Krisis.

Der Krisis von 1873 ging keine sehr bedeutende Steigerung der Produktion voran. Eine solche ist überhaupt innerhalb kurzer Perioden immer nur in geringem Umfange möglich, sie wird eingeschränkt einmal durch die Menge des vorhandenen Kapitals und zweitens durch die Grenzen der in der Volkswirtschaft verfügbaren Arbeitskraft. Das zur Verfügung stehende Kapital war durch die Milliardenzahlung Frankreichs allerdings vermehrt, die verfügbare Arbeitermenge aber war durch drei schwere Kriege innerhalb von 7 Jahren immerhin geschwächt worden. Die Arbeitermenge, die nicht beliebig vermehrt werden konnte, war wie immer die Schranke, welche eine überrasche Produktionssteigerung hemmte. Aber innerhalb der angedeuteten Grenzen vollzog sich doch eine bedeutende Weiterentwicklung der Produktion, die wir nicht überschätzen, aber doch auch nicht unterschätzen wollen.

---

17. Siehe Kapitel III.

Dritter Abschnitt. Die Börsen-Krisis.

Als im September 1873 die grosse Börsenkrisis ausbrach, mit der die grosse Wirtschaftskrisis begann, da konnte man hören, dass die Börse, die Aktie an dem ganzen Unglück Schuld seien und deshalb beseitigt werden müssten. Das war Uebertreibung, beide sind notwendig. Allerdings war mit Aktien an der Börse schwer gesündigt worden. Wilde Spekulation hatte drei Jahre lang Orgien gefeiert, immer mehr an Anhängern gewonnen. Jetzt fiel sie der öffentlichen Verachtung anheim.

Ueber das Wesen und die Geschichte der Börsenspekulation in der Zeit vor 1873 informierten uns besonders:

Lexis „Spekulation“, Art. im Handwörterbuch.
Ehrenberg, „Börsenwesen“, Art. im Handwörterbuch.
Gustav Krohn, „Nationalökonomie des Handels- und Verkehrswesens“.
Neuwirth, „Die Spekulationskrisis von 1873“.
Max Wirth, „Die Geschichte der Handelskrisen“.
Oechelhäuser, „Die wirtschaftliche Krisis“ und die Börsenberichte der Kreuz- und Nationalzeitung.

Handel und Spekulation scheinen unzertrennbar mit einander verbunden. Spekulant ist der kleine Detaillist, der einkauft, wenn er es am günstigten zu können glaubt, Spekulant ist der Hufenbauer, der möglichst zur rechten Zeit zu verkaufen wünscht. Ja, jeder Konsument, der seinen Vorrat einkauft, wenn er meint, es am billigsten zu können, ist Spekulant.

Und dennoch haben die Worte „Spekulant“, „Spekulation“ etwas Anrüchiges für weiteste Kreise.

Das führt auf den Gedanken, dass weder Ehrenberg mit vollem Rechte Handel und Spekulation als zwei ganz verschiedene Dinge trennt, noch aber andere mit alleinigem Rechte die Untrennbarkeit von Handel und Spekulation behaupten. Unter „Spekulation“ versteht nämlich der Sprachgebrauch — das ist der Ausweg aus diesem Dilemma —

zweierlei, einmal eine von jedem Handel untrennbare Tätigkeit, ferner das Spiel. Die grossen Laienkreise sehen meist mehr auf die aleatorische Seite des Begriffs, die Wissenschaft spricht meist mehr von der Handelstätigkeit, die das Wort ausdrückt.

Die Spekulation im letzteren Sinne ist für die Volkswirtschaft höchst heilsam, ja notwendig. Der Handel vollbringt das Werk lokale Unterschiede von Angebot und Nachfrage auszugleichen. Die Spekulation gleicht Bedarf und Angebot zeitlich aus. Das augenblickliche Verhältnis von Angebot und Nachfrage lässt sich durch Kalkulation ermitteln, das künftige nur durch Vermutung annähernd bestimmen. Das Rechnen mit unbekannten Grössen ist das Charakteristikum der Spekulation.

Zeitlicher Ausgleich von Angebot und Nachfrage, also auch von Preisen, sollte die Folge der Spekulation sein. Und doch wissen wir, dass im Gegenteil die Spekulation Schuld ist an den wahnsinnigen Preissstreigerungen, an den tollsten Preisstürzen, die keine Beziehungen mehr zum Werte der Güter zu haben scheinen. Auch das ist eine Folge der Spekualtion, der Spekulation im zweiten Sinne, eine Folge des Spiels.

Die Entwickelung der Spekulation nach der aleatorischen Seite hin bildet ein Charakteristikum aller Krisen. Stets können wir beide Arten von Spekulanten unter den Börsenbesuchern finden. In gewöhnlichen Zeiten aber überwiegt die Zahl derer, die vermöge grosser Erfahrung und Befähigung imstande sind, die künftige Entwicklung zu erkennen und darnach zu handeln. In kritischen Zeiten überwiegen die Spieler. Spieler hat es jederzeit an allen Börsen gegeben, besonders aber an den Fondsbörsen. Die Zahl der Warenspekulanten ist stets eine kleinere gewesen, als die der Effektenspekulanten. Die Warenspekulation hat meist nur Leute zu Anhängern gehabt, die sich ihr mehr oder weniger berufsmässig widmeten.

Auch die Fondsspekulation liegt in gewöhnlichen Zeiten in den Händen einer bestimmten Klasse. Aber hinter dieser steht eine grosse Menge von Kapitalisten, das Privatpublikum genannt, die sich zu gewissen Zeiten in die Zahl der Spekulanten einfügen lassen und so die Spannkraft der Spekulation mächtig stärken.

Der Zudrang des grossen Publikums zur Börsenspekulation war in den Jahren 1870—1873 ein ganz ungeheurer. Die vielen neuen Effekten zogen die Kapitalisten an die Börse, die Banken erleichterten ihnen ihr Geschäft an der Börse.

Die Agiotage blühte, Privatleute und Bankiers widmeten sich ihr. Sie traten bei Gründungen als erste Aktionäre auf, trieben dann auf alle Weise das betreffende Effekt in die Höhe, schlugen es los und kümmerten sich meist nicht mehr um dasselbe. Manche vornehme Banken legten allerdings Wert darauf, nicht an der Emission wirklich schlechter Werte beteiligt zu sein. Von einer sorgfältigen Rücksichtnahme auf ihren „Emissionskredit", wie wir sie heute von den Grossbanken gewöhnt sind, war keine Rede. Das Schicksal der neuen Gründungen war der Mehrzahl der Gründer ziemlich gleichgiltig. Sie wollten nur an den Kursdifferenzen verdienen.

Die Unmenge der neuen Effekten konnte nur aufgenommen werden von einem starken spekulierenden Publikum. Mit allen Mitteln zogen die Banken es daher in den Bereich der Börsen. Sie stellten sich der Spekulation im Report- und Lombardgeschäft zur Verfügung und stärkten sie dadurch mächtig. Auch Spekulanten kleinster Kapitalskraft konnten hohe Engagements eingehen, weil ihnen der Kredit der Banken offen stand. Das Reportgeschäft wurde nicht nur von Banken, auch von Baugesellschaften und selbst — wenigstens in Oesterreich — von Eisenbahnverwaltungen gepflegt. Durch Zulassung von ratenweiser Bezahlung gelang es, auch den kleinsten Besitzern, Knechten etc., Aktien aufzunötigen, den Spekulationsgeist einzuimpfen. „Börsenkon-

tors“ entstanden massenhaft in Berlin, die bereit waren, die kleinsten Ersparnisse der Leute an der Börse zu fruktifizieren. Kurz, es geschah alles, um alles verfügbare Geld der Börsenspekulation dienstbar zu machen, sei es als aktiv spekulierendes Kapital, sei es im Reportgeschäft.

Die Spekulationszeit der 1870er Jahre hat sich auch ein neues Organ geschaffen, die Maklerbanken. Sie wurden von grossen Börsianern geschaffen, um sich gegen Verluste zu decken, die aus der Nichterfüllung eingegangener Verbindlichkeiten seitens kleiner Spekulanten oft erwuchsen. Als Assekuranzanstalten waren sie anfänglich gedacht, sie sollten nicht spekulieren, noch arbitieren, sie sollten lediglich die Vermittelung von Geschäften als Hauptzweck betrachten. Bald aber begannen sie alle verbotenen Geschäfte zu betreiben, lombardierten, reportierten, spekulierten auf eigene Rechnung. Ihre Aktien wurden bald beliebte Spielpapiere, stiegen meist sehr hoch, zumal die Maklerbanken anfangs gute Dividenden abwarfen. Bald wurden letztere unvorsichtig, spekulierten wild, ja, legten ihre Gelder in Baugesellschaften und Eisenbahnen fest. Als die Deroute begann, hatten sie grosse Verluste, besonders im Lombard- und Reportgeschäft, und deshalb mussten sie in einer Zeit versagen, wo sie durch weitere Kreditgewährung vielleicht manchen Spekulanten vor dem Konkurse hätten retten können. In der stillen Zeit nach dem Krach machten sie keine Geschäfte mehr und liquidierten meist.

Nach diesen Betrachtungen allgemeinerer Art über die Börsenspekulanten wollen wir an der Hand von Zeitungsberichten besonders die Geschichte der Börse in der kritischen Zeit betrachten.

Uebersehen wir die Jahresberichte in den Zeitungen, so sehen wir einen grossen Unterschied zwischen den Jahren 1869 und 1870 einerseits, den folgenden beiden andererseits. Auch in den ersten Jahren wird von einem machtvollen Aufschwung geredet, von Entfaltung von Handel und Ver-

kehr, von anhaltender Haussestimmung an der Börse. Aber in dieser Zeit wird noch jedes Börsenereignis eingehend erklärt, bei Gründungen die Rentabilität nachgewiesen, jede Börsenverstimmung durch die politische Lage motiviert.

Nach dem Friedensschlusse aber werden Prospekte und Rentabilitätsberechnungen immer kürzer oder doch oberflächlicher, oft ganz beleidigend liederlich. Die Kurse steigen und fallen nur unter dem Einfluss der „Börsenpraxis", die Stimmung der Börse ist fast unabhängig von politischen Ereignissen.

Betrachten wir zunächst die erste Periode unseres Abschnittes. — Jahrzehntelang hatte auf dem ungeeinten Deutschland die Furcht vor Kriegen gelegen, noch immer lag sie auf ihm. Handel und Industrie konnten sich nicht in dem Masse entwickeln, das die in Deutschland vorhandenen Kapitalien zugelassen hätten. Oesterreich war in gleicher Lage gewesen, und als sich nun dort nach 1866 die Verhältnisse geklärt hatten und eine friedliche gesegnete Zukunft erwartet wurde, reckten sich Handel und Industrie mächtig empor. Deutsches und fremdes Kapital halfen mit, industrielle Unternehmen und Banken wurden gegründet. Deutschland hielt nicht gleichen Schritt mit Oesterreich und die Berliner Börse blieb zur Wiener in einem Abhängigkeitsverhältnis, das erst 1871 gelöst zu sein scheint. Deutschland legte noch sein Kapital vorzugsweise in ausländischen Werten an, die Spekulation beherrschten noch „Franzosen", „Lombarden" und „Kredit". Daneben begann man eben industrielle Unternehmen ins Werk zu setzen; und die Eisenbahnnetze Preussens und anderer deutscher Staaten wurden in den Jahren vor 1870 ausgebaut.

Die Berliner Börse zeigte das ganze Jahr 1869 über eine gute Haltung. Die Tendenzwechsel waren nicht von besonderer Bedeutung, und weniger durch wirtschaftliche als politische Momente bedingt. Als zur Beilegung des griechisch-türkischen Konfliktes ein Kongress zusammentrat und seine

Mitglieder ihrer Friedensliebe Ausdruck gaben, stiegen die Kurse. Als Griechenland Schwierigkeiten machte und sich weigerte, den Bescheid des Kongresses zu akzeptieren, fielen sie, um nach Beseitigung der Schwierigkeiten sofort wieder zu steigen. Die Haussebewegung hielt an, am 1. Juli floss dem Markte reichlich Kapital zu und Napoleon zeigte seine Friedensliebe durch Zustimmung zu einer Verfassungsänderung. Aber schon ultimo Juni hatten die hohen Reports gezeigt, dass die Hausse keine volle innere Berechtigung hatte. So konnte eine Pariser Meldung einer grundlosen Kurssinkung die Berliner und Wiener Börse völlig verwirren. Aber noch waren die Hauptfaiseurs sehr à la hausse engagiert und so stützte man sich auf Frankreichs friedliebende Haltung, das 50 000 Soldaten entliess, um die Hausse bis Ende August weitergehen zu lassen. Da, am 28., erhöhte die Oesterreichische Nationalbank den Diskontozinsfuss und rief in Wien durch dieses, meist einer Krisis vorangehende Notsignal eine grosse Panik hervor. Die genannte Bank hatte durch grosses Entgegenkommen bis dahin in Oesterreich und Ungarn eine leichtsinnige Gründerei gestützt, jetzt verteuerte sie ihren Kredit. Viele der neuen Unternehmungen brachen zusammen.

Das ist das Präludium der grossen internationalen Krisis von 1873, die ebenfalls in Wien ihren Anfang nahm. Sie hätte eine Warnung sein sollen.

Die Berliner Börse war durch den Krach nicht unerheblich in Mitleidenschaft gezogen. Die Spekulation war in Deutschland noch wenig entfacht gewesen, soweit sie schon bestand, hatte sie sich vorwiegend österreichischen und amerikanischen Papieren gewidmet. Kein bedeutenderes Haus fallierte in Berlin, so dass die Berliner Börse stolz auf die Wiener herabsah. In Berlin waren freilich in den ersten Septembertagen auch die Kurse stark gesunken, zumal Napoleon erkrankt war. Als er aber wieder gesundete, begann wieder eine steigende Kursbewegung einzusetzen, die zwar

langsam, aber sehr stetig Fortschritte machte und sich bis über den Jahresewchsel hinaus erstreckte.

Das Jahr 1869 war für die Berliner Börse ein gutes gewesen und vertrauensvoll, wenn auch ohne Geldüberfluss ging man in das neue Jahr. Der Friede schien gesichert; wie niemals betonen die Neujahrsbetrachtungen in den Zeitungen die günstige politische Lage. Die ersten Monate verzeichnen aber dennoch eine gewisse Geschäftsstille, bis die guten 69er Dividenden ermutigen. Als dann am 6. Mai der Ausfall der Plebescits in Frankreich bekannt wird, beginnt man in Erwartung langen Friedens eine starke Hausse, die 2 Monate anhält. Als die Benedetti-Verhandlungen beginnen, steigen und fallen die Kurse je nach den Erwartungen, zu denen die Verhandlungen zu berechtigen scheinen. Nachdem aber die Würfel gefallen sind, entsteht auf allen Börsen eine furchtbare Panik. Die preussische Bank muss ihren Diskonto-Zinsfus auf 6 %, am 18. Juli auf 8 % erhöhen. Allmählich jedoch teilt sich die ruhige Zuversicht der Nation auch der Börse mit. Die Liquidation am Ende des Juli ist daher über Erwarten leicht. Wie dann die deutschen Heere von Weissenburg bis Sedan von Sieg zu Sieg eilen, steigen die Kurse entsprechend mit, und Napoleons Gefangennahme erregte in der Berliner Börse eine enthusiastische Szene, die bis dahin unerhört war. Enttäuschung folgte der frohen Erregung. Deutschlands Heere mussten tief nach Frankreich hineinmarschieren, der Friede liess auf sich warten. Die Kapitulationen von Metz und Strassburg hoben zwar vorübergehend die Kurse, aber trotzdem blieb die Haltung der Börse matt, wenn auch beständig. Zwar die Industrie florierte auch im Kriege, denn das Heer war ein starker Konsument und manche, ehedem von Frankreich bezogenen Fabrikate bestellte das Ausland jetzt in Deutschland. Aber das Kapital verhielt sich noch während des Krieges zurückhaltend, die Spekulation hielt sich noch zurück. Dass Kapital vorhanden

ist, zeigt unter anderm die fünffache Ueberzeichnung der Bundesanleihe.

Auch neue Unternehmungen waren zu verzeichnen. Kurz vor dem Kriege war das neue Aktien-Gesetz in Kraft getreten, das die Aktien-Gesellschaft von dem Zwange staatlicher Konzessionierung und staatlicher Aufsicht befreite. Eine Zahl von neuen Unternehmungen, besonders Banken entstand. Aber die eigentliche Gründerzeit beginnt erst mit dem neuen Jahre 1871. Natürlich, auch in den ersten Jahren unserer Periode gab es Existenzen, die sich auf Kosten anderer zu bereichern dachten und die Aktiengesellschaft als eine geeignete Form dazu betrachteten. Aber die Zeit ihres Glanzes war noch nicht gekommen. Zwar sehen wir schon jetzt die Namen der ärgsten Gründer in Prospekten usw. figurieren, die bösesten Banken operieren schon einzeln oder in Kartellen vereint. Aber alles ist ein solides Vorspiel für die Zeit der nachfolgenden Spekulationsorgien, in der auch Institute, die zu den löblichsten Zwecken gegründet waren, anderen Zielen nachgingen.

Zwei Ansichten waren der Grund für die Gestaltung der Spekulation und des Handels überhaupt nach dem Deutsch-Französischen Kriege. Einmal glaubte man an die Allmacht des „assoziierten Kapitals“. Zur Assoziierung des Kapitals war einmal die Aktiengesellschaft ein vorzügliches Mittel. Ferner kam in dieser Zeit das Zusammenwirken grösserer Geldinstitute zuerst in grösserem Massstabe vor, die sich zu bestimmten Zwecken in Syndikaten vereinigen, um nach vollbrachter Arbeit wieder auseinanderzugehen. Dieses Zusammenarbeiten im Bankgewerbe, so selbstverständlich es uns heute erscheint, war damals neu und zeitigte glänzende Resultate. Die Allmacht des assoziierten Kapitals war der eine Glaubenssatz, aus dem das Publikum seine überschwengliche Hoffnung auf Deutschlands wirtschaftliche Zukunft ableitete.

Zweitens bemächtigte sich der ganzen Nation die Meinung, ein jeder könne von den französischen Milliarden sich

einen Anteil erwerben. Es entstand die verhängnisvolle Phrase von dem „auf der Strasse liegenden Gold“. Man glaubte an den „befruchtenden Regen“, der auf Deutschland niedergegangen sei, auf den sofort eine goldene Ernte folgen müsse.

An der Hand der Börsenberichte der Zeitungen wollen wir wieder durch die nächsten Jahre schreiten, bis wir zu dem grossen Zusammenbruch gelangen, und kurze Betrachtungen der einzelnen Abschnitte anschliessen.

Mit einer unsicheren Haussetendenz war man in das neue Jahr gegangen. Aber eine weitere Aufwärtsbewegung der Kurse liess auf sich warten, da an den Börsen das Geld knapp war. Verschlang doch der Krieg eine Menge Kapital, schmälerten doch die der Arbeit entzogenen Riesenheere das Nationaleinkommen, herrschte doch in Frankreich nahezu völlige wirtschaftliche Anarchie. Der Hauptgrund aber war, man bereitete eine Unzahl neuer Emissionen vor. Erwartete man doch gleich nach dem Friedensschluss ein enormes Aufblühen von Handel und Industrie, zu dem jeder Geschäftsmann das Seinige beizutragen wünschte. Anfangs März beginnt aber nach langer Zurückhaltung eine Hausse, und zwar eine solche, die sich deutschen Papieren widmet, von Wien ganz unabhängig ist. Aus kleinen Anfängen entwickelte sie sich, die verschiedensten Papiere berührend, ohne wesentliche Unterbrechung, bald langsam, bald stossweise fortschreitend, bis Mitte November; dann sinken die Kurse, es ergibt sich schon das Vorhandensein von viel flottantem Material, und Mitte Dezember ist eine erhebliche Baisse zu verzeichnen, die aber zum Jahresschluss etwas gehoben wird.

Die grosse Hausse-Periode von 1871 ist sehr erklärlich. Nach der Beendigung des Krieges, nach der Zahlung der Kriegskosten-Entschädigung durch Frankreich durfte ein Aufschwung im deutschen Wirtschaftsleben erwartet werden. Die Börse nun eskontiert alles, behandelt alles, was zu erwarten ist, als schon vorhanden. Ein Einhalten verständiger Gren-

zen ist bei diesem Rechnen mit unbekannten Grössen fast unmöglich. Der Spekulation kommt es auch gar nicht darauf an, die Kurse auf ein dem künftigen, erhofften Verhältnisse entsprechendes Niveau zu bringen, ihr liegt nur an der Aufwärtsbewegung der Kurse. Kein Kurs-Niveau erscheint so hoch, dass es sich nicht noch erhöhen liesse.

Ein besonderer Grund für die Hausse des Jahres 1871 war die Beteiligung des grossen Publikums am Börsenspiel. Die National-Zeitung hebt es wieder und wieder hervor,[1] dass der Umfang des Spekulantenkreises nie so ungeheuer gewesen sei, wie jetzt. So wurde die Spekulation eine Macht, die stark genug war, die Kurse der Papiere auf ungeheure Höhen zu treiben, die zu immer neuen Emissionen verlockte.

Das Jahr 1871 wurde also bezeichnet durch hohe Kurse, Beteiligung einer sehr starken Kulisse am Börsenspiel, durch Anhäufung einer grossen Menge von flottantem Material, das Neujahr 1872 auf 200 000 000 Taler geschätzt wurde.

Das Jahr 1872 ist das Jahr der spekulativen Haussen, die von den Männern der Börse inszeniert wurden, die nicht aus den wirtschaftlichen Verhältnissen heraus geboren wurden.

Das Jahr begann mit einer Hausse, die den ganzen Januar ausfüllte. Sie wurde gemacht, weil in diesen Wochen Gründungen über Gründungen das Licht der Welt erblickten, deren Papiere auch wunderbare Kurshöhen erklommen. Der Schlussscheinhandel kam wieder in Blüte, Differenzzahlungen waren das Spielobjekt, nicht mehr Effekten.

Die folgenden beiden Monate waren recht geschäftsstill. Die leidlich gehaltenen Kurse verdankte man nicht einer verstärkten Nachfrage, sondern einem reservierten Angebote. Der April und die beiden ersten Maidrittel waren noch ungünstiger; die Kurse sanken allgemein erheblich. Man suchte nach Gründen und berief sich auf die Alabamafrage. Aber

---

1S. Z. B. 22. April, 7. Oktober.

politische Rücksichten haben in jenen Jahren nie beeinflusst, Napoleons Tod selbst hatte man ganz ignoriert. Der wahre Grund für die Baisse war die allgemeine Abgespanntheit der Börse, das Ueberhandnehmen des flottanten Materials, die Ueberbelastung der kleinen Spekulanten, die eine Senkung der Kurse wie die im Dezember 1871 und jetzt wieder sehr erheblich schwächen musste. Aber die kleine Baisse hatte die gute Eigenschaft, dass unter ihrem Einfluss sich die Aufsaugung des flottanten Kapitals durch das Publikum erleichterte.

Dass dieser Vorgang vollzogen sei, glaubte man, als sich gegen das Ende des Mai die Kurse hoben. Allein die neue Hausse, die den Juni ausfüllte, war wieder spekulativen Gründen entsprungen, war wieder Mache. Man brauchte für die Unterbringung vieler neuer Papiere eine aufsteigende Kursbewegung und machte sie. Der Kreis der Interessierten war zu gross und noch zu mächtig, als dass er nicht eine Hausse hätte inszenieren können, zumal diese in der Tat durch die vorangehende Baisse vorbereitet war. Der Juli-Koupon fiel wieder sehr schwach aus. Jedermann hatte längst seine künftigen Einnahmen zum grossen Teile eskontiert. Daher war jetzt der Kapitalzufluss der Börse äusserst matt. Die Spekulation blieb infolgedessen schwach.

Der August aber bietet wieder ein ganz anderes Bild. Die Börsen feiern mit glänzender Hausse die Kapitalkraft Europas. Die französische Milliardenanleihe ist $13^{1}/_{2}$ Mal überzeichnet worden. Dies Ereignis beschert Berlin eine anhaltende Hausse, allerdings verbunden mit anhaltender Geldknappheit, denn die Einzahlungen auf die Anleihe absorbieren sehr viel Geld. August, September, Oktober und November sind vollkommene Hausse-Monate. Die Papiere steigen im Kurse ohne Veränderung ihres reellen Wertes, kein Mensch kauft mehr, um zu besitzen, sondern nur, um zu verkaufen. Der Schlussscheinhandel blüht, das Geld ist knapp, alles dem Markt zuströmende wird von den neuen Emissionen aufgesogen. Dass aber die deshalb sehr hohen Reports be-

zahlt werden, beweist, wie fest man auf den Fortbestand der Hausse rechnet.

Endlich, Mitte Dezember kommt die Bewegung zum Stillstand. Aus Belgien wird ein Fallissement gemeldet, aus Wien hört man fortdauernd von Kreditüberspannung und Wechselreiterei, Berlin fühlt sich gleicher Vergehen schuldig und mit Gewalt bricht über die Börse die Angst vor der Krisis herein. Noch einmal aber geht die Gefahr gnädig vorüber. Die grossen Finanzmänner sind noch zu stark engagiert, „das Interesse an der Aufrechterhaltung der Maschinerie ist noch zu mächtig". Aber die Mitte des Dezember ist ein wichtiger Wendepunkt in der Geschichte unserer Periode. Von jetzt ab ziehen sich die grossen Faiseurs der Haussespekulation mehr und mehr zurück, sie kaufen nicht, oder doch nur sehr vorsichtig. Die zweite Folge der Dezember-Baisse ist eine Verarmung der Koulisse, die die kleinen Spekulanten zu immer stärkerer Kreditüberspannung zwingt. Wann wird der Zusammenbruch des Kartenhauses erfolgen? So fragen mit Angst die Tageszeitungen. Und man muss staunen, dass der Krach noch so lange auf sich warten liess, obwohl die verwirrten Verhältnisse der Berliner Börse öffentliches Geheimnis waren.

Das Jahr 1873 ist das der Katastrophen. Zwar die Wintermonate sahen noch keine Kursstürze wie die vom September, aber die Geschäfte gingen nicht mehr recht flott. Die Aufstauung des flottanten Materials hörte nicht auf. Dabei war der Kreis und die Kraft des an der Börse spekulierenden Publikums wieder kleiner geworden. Die Baisse des Vorjahrs hatte die Kulisse arg geplündert und zerstreut. Die ersten vier Monate des Jahres 1873 sahen daher nur wenig Geschäftslust. Wenn die Kurse leidlich fest blieben, so lag das vorzüglich an dem massvollen Angebote.

Da brach am 1. Mai in Wien, das kurz zuvor noch eine spekulative Hausse versucht hatte, die grosse Krisis aus, zog aber gegen Erwarten anfangs Berlin wenig in Mitleiden-

schaft. Trotzdem kann man von diesem Tage ab auch die deutsche Krisis datieren. Denn seit diesem Tage beginnt die Entwertung auch aller deutscher Effekten. In mannigfachen Schwankungen, die oft auch durch die französischen Zahlungsoperationen verschuldet werden, gehen die Kurse bis Anfang August herab. Die Teilnahme des Publikums an der Spekulation wird immer geringer, die Kontremine gewinnt immer mehr an Anhängern. Trotzdem entsteht noch immer eine Gründung nach der andern, und es sind zum Teil die allerschlimmsten, die jetzt ans Tageslicht kommen. Aber das Publikum traut der Börse nicht mehr und allein kann diese die Kurse auch nicht halten.

Von Mitte September ab beginnt der letzte Akt des Trauerspiels. Der Pessimismus tritt seine Herrschaft über die Börse an, dieselbe gleicht einer „Entwertungsmaschine sämtlicher Effekten". Man fürchtet einen Zusammenbruch durch einen Anstoss von Aussen, durch die Wiener oder durch die amerikanische Krise, die seit dem Zusammenbruch des Hauses Jay Cooke & Co. bedrohlich erscheint. Dann aber traut die Börse sich selbst nicht und erwartet die bösen Folgen lang dauernder Wechselreiterei. Die Haussiers werden zu Baissiers, die Börse beginnt jetzt in ihrem Misstrauen zu weit zu gehen, wie vordem im Optimismus. Mit wahrer Frivolität kolportiert man Gerüchte über bevorstehende Fallissements und weiss doch nichts Bestimmtes. Eins nur ist sicher, dass die guten Zeiten vorbei sind, dass die Kurse herab müssen. So fixt man denn munter darauf los, unbekümmert um den Wert der Papiere. Es ist dieselbe Erscheinung wie beim Haussetaumel der Vorjahre zu beobachten, nur dass sie sich in der entgegengesetzten Richtung bewegt.

Die Katastrophe brach also herein.

Unlimitierte Verkaufsordres gingen an alle Bankiers und stürzten die Kurse. Allerdings, Misstrauen war gerechtfertigt. Als nach erfolglosen Sanierungsversuchen die Vereinsbank Quistorp zusammenbrach und eine Menge ab-

hängiger Gesellschaften mit ins Verderben zog, da gab es keine Grenze für das Misstrauen mehr. Dass die Börse mit ihren unsinnigen Kursniveaus gefehlt hatte, wusste man längst; jetzt aber wurde sich endlich die Menge klar über die Qualität der vielen Gründungen und der Gründer; die Kurse sanken von Tag zu Tag. Misstrauen blieb die Losung im Börsenleben der nächsten Zeit, ja der nächsten Jahre. Für lange Jahre war der Verkehr gelähmt, der Kapitalsvorrat zerstört, die Industrie in ihrer Entwicklung gehemmt.

Wir haben im Laufe der Erzählung schon häufig Gründe berührt, die die traurige Entwicklung unseres deutschen Wirtschaftslebens erklären.

Einige Hauptursachen derselben sollen aber im folgenden noch gesondert besprochen werden.

Drittes Kapitel:

Ursachen der Krisis.

Erster Abschnitt: Vom Aktienrecht.

Nach allen Erschütterungen auf politischem oder wirtschaftlichem Gebiete setzt eine Periode der Ueberlegung ein. Nach einem unglücklichen Kriege prüft ein Volk sich selbst und sucht zu ergründen, weshalb alles so kommen musste, wie es kam. Das Urteil wird sehr verschieden ausfallen, entsprechend der Verschiedenheit der Klassen, der Nationen, von denen es gefällt wird. Als vor Sedan das stolze Kaisertum zusammenbrach und in den folgenden Schlachten Frankreichs glänzende Armeen zerstreut wurden, da suchte das sanguinische Volk der Franzosen nach Verrätern, die alles Unglück verschuldet haben sollten. Als der friederizianische Staat bei Jena und Auerstädt die Todeswunden empfangen hatte, da kam für das Preussenvolk eine Zeit sittlicher Einkehr und ernster Selbstprüfung. Nach dem wirtschaftlichen Zusammenbruch Deutschlands, der dem ungeheuren scheinbaren Aufschwung der ersten Jahre des jungen Reichs gefolgt war, da setzten beide Arten der geschilderten Kritik ein. Manche schrieen nach dem Staatsanwalt und forderten die Richtung eben noch gefeierter Männer, andere widmeten ihr eifriges Studium der Frage, wie man die traurigen Ereignisse verstehen, wie man ihre Wiederkehr verhindern könne.

Da diejenige Unternehmungsform, deren sich die Spekulation der vorangegangenen Jahre vorzugsweise bedient hatte, die Aktiengesellschaft war, so wendete sich die Kritik gleich

zuerst dem Aktiengesellschaftswesen im allgemeinen, dem herrschenden Aktienrecht im besonderen zu. Die Menge der Ungebildeten, der zuletzt unglücklich gewesenen Spekulanten, ist jener französischen Masse vergleichbar, die für jede erlittene Niederlage einen Verräter kreuzigen wollte. Sie lud, eigene Mitschuld leugnend, alle Verantwortung auf die Gründer, und besonders auch auf die Gesetzgebung. Als ihren publizistischen Vertreter können wir Otto Glagau betrachten, der in einer Serie von Artikeln, die in der Gartenlaube erschienen,[1] der Wut der Masse gegen die Gesetzgebung und alles, was mit Handel und Gesetzgebung Berührung hatte, Ausdruck verlieh.

In wohltuendem Gegensatz zu dieser Kritik des bestehenden Rechtes steht die wissenschaftliche. Auf einem Tage in Hannover verhandelte die Juristenwelt, in Eisenach machten die Sozialpolitiker die herrschenden Missstände, die geforderte Aenderung des Aktienrechts zum Gegenstand eingehender Betrachtungen. Diesen wurden drei Gutachten[2] zu Grunde gelegt, die Justizrat Wiener, Reichsgerichtsrat Goldschmidt und Professor Behrend abgegeben hatten. Diese, das Referat Adolf Wagners und die sich anschliessende Diskussion[3] werden uns bei der Untersuchung der Frage leiten, ob und weshalb das herrschende Aktienrecht Schuld an der Tragödie von 1873 war. Ich beachte ferner Laskers grosse Rede,[4] den „Antrag Preussens beim Bundesrat, betreffend die Reform der Aktiengesetzgebung nebst der denselben motivierenden Denkschrift" und Justinus Möllers Gründerprozesse. Wo ich das spätere Recht ver-

1. Gesammelt erschienen in zwei Büchern: Otto Glagau, der Börsen- und Gründungsschwindel in Berlin; und: der Börsen- und Gründungsschwindel in Deutschland.

2. Schriften des Vereins für Sozialpolitik, I.

3. Schriften des Vereins für Sozialpolitik, IV.

4. Verhandlungen des Abgeordnetenhauses, 4. IV, 73.

gleichend heranziehe, beschränke ich mich auf seine Darstellung bei Weinhagen,[5] da ich Nichtjurist bin.

Das Wesen der Aktiengesellschaft liegt in der auf den eingezahlten Betrag begrenzten Haftbarkeit der Gesellschafter begründet. Sie ist also dort besonders am Platze, wo es gilt, grosse Summen auf lange Zeit zu einem Zwecke zusammenzubringen, der zwar Vorteile zeigt, aber auch nicht ohne Risiko ist. Die Aktiengesellschaft ist daher eine Unternehmungsform von weitgehender Bedeutung seit Beginn des kapitalistischen Zeitalters gewesen. Sie wurde aber vom Staate lange misstrauisch betrachtet. Er wachte über der bestehenden, machte ihre Errichtungen von seiner speziellen Genehmigung abhängig. Mit diesem System der Konzessionierung musste man aber brechen, als sich die Ansicht ihrer Unentbehrlichkeit und deshalb Berechtigung durchsetzte. Man erkannte an, dass sie nicht von einem staatlichen Privileg abhängig sein dürfe, sondern ein Gegenstand des gemeinen Rechtes sein müsse. Dieser Forderung ward durch das Gesetz vom Juli 1870 Erfüllung.

Mit geringen Ausnahmen war man sich darüber einig, dass das neue Prinzip ein gesundes sei. Die Sozialpolitiker von Eisenach haben auch alle an ihm festgehalten, die neue Gesetzgebung ist ihm treu geblieben, die Erfahrungen haben jetzt wohl seine Richtigkeit bewiesen. Die Unzweckmässigkeit des Konzessionierungsprinzips erkennt man durch einen Blick nach Oesterreich, wo man ohne Mass und Ziel gegründet und mit den erhaltenen Konzessionen geschachert hat. Eine Einschränkung müssen wir aber, Adolf Wagner folgend, bei der Anerkennung des neuen Prinzips machen. Die allgemeinen Normativbestimmungen genügen nicht einer Art von Aktiengesellschaften gegenüber, den ausgesprochenen Gründungsbanken. Denn diese sind für das Allgemeinwohl

---

5. Das Recht der Aktiengesellschaften in seiner heutigen Gestalt, Köln 1885.

von der grössten Bedeutung und dem Missbrauch besonders ausgesetzt. Deshalb sollten sie wie Notenbanken und Eisenbahnen einer besonderen staatlichen Konzessionspflicht und Aufsicht unterliegen. Wenigstens hätte ihnen der Staat nicht sofort die Zügel ganz schiessen lassen sollen, sondern ihnen vielleicht allmählich die Freiheit gewähren sollen. Wenn Gareis[6] die von Wagner geforderte Einigung des Gebietes der Aktiengesellschaften mit dem Hinweis darauf ablehnt, dass bekannter Weise den Gründern und Aktionären der Gegenstand der Gründung ziemlich gleich sei, so müssen wir erwidern, dass wir nicht zum Schutz so indifferenter Aktionäre die A.-G. von dem Gründungsbankwesen ausgeschlossen sehen möchten, sondern aus Gründen der öffentlichen Ordnung, zum besten der ganzen Volkswirtschaft. Die zu weite Ausdehnung des Gebietes der A.-G., die Ueberspannung des Prinzips des A.-Freiheit war ein Fehler des Aktienrechtes von 1870.

Wichtiger noch, als sein allgemeiner Fehler sind die einzelnen durchaus unzureichenden Normativbestimmungen. Das neue Gesetz beruhte auf dem Grundsatz der völligen Vertragsfreiheit. Diese ist auf Seiten des Aktionärs aber nur dann vorhanden, wenn er die wirklichen Bedingungen des Kontraktes kennt. Wenn nun der Staat die Vertragsfreiheit bewilligte, so war er auch verpflichtet, den Kontrahenten die Möglichkeit zu geben, im oben erläuterten Sinne frei zu kontrahieren. Dies vermag er, wenn er völlige Oeffentlichkeit der Verhältnisse der A.-G. erzwingt, wenn er die Kontrolle der Geschäftsverwaltung durch die Aktionäre erleichtert, wenn er den Aktionär gegen Benachteiligung durch Majorisierung schützt. Diesen Erfordernissen kam das Gesetz nicht in ausreichendem Masse nach, sondern liess bei Begründung und Verwaltung der Gesellschaften allerlei Missstände zu.

Es verhinderte nicht, dass die Gründer sich Vorteile ver-

6. Die Börse und die Gründungen, S. 35 ff.

schafften, die die neue Gesellschaft unfähig machten zu existieren. Es verhinderte nicht, dass die eintretenden Aktionäre sich unklar waren, welches die materiellen Grundlagen der Gesellschaften seien, deren Teilhaber sie wurden. Es verschaffte nicht „Sicherheit für das Zustandekommen des Gründungs- und Aktienkapitals, das die erste sichere Grundlage des Unternehmens bildet",[7] obwohl das sein Ziel war.

Das Licht der Oeffentlichkeit sollte die staatliche Aufsicht ersetzen. Aber gerade dahin vermochte es nicht zu dringen, wo klar zu sehen für das Publikum unerlässlich ist, in jenen Winkel, wo sich die Vorgänge abspielen, die die Lebenskraft vieler Unternehmen im Keime erstickten, in die Zeit, die der Errichtung der Gesellschaft vorangeht.[8] Ueber sie bestimmt das Gesetz nichts, die in ihr sich abspielenden Vorgänge sollen nur in der ersten Generalversammlung geprüft und gebilligt werden, in der die Statutenerrichtung und die Zeichnung erfolgt. Im Prinzip soll also auch in die Vorgeschichte hineingeleuchtet werden, jedoch hat die dazu vorgeschriebene Massregel sich unwirksam gezeigt. Wenn Kläger und Richter eine Person sind, so ist das schon misslich; hier aber waren Angeklagter und Richter identisch. Die Ereignisse der Gründungsgeschichte konnten sich folgendermassen abspielen: Ein beliebiges „Objekt", sagen wir eine Fabrik, wird von A. für 100 000 Taler gekauft. A. verkauft sie für 150 000 an B., B. verkauft sie für 200 000 an C. Nun errichten A., B. und C. mit Hilfe einiger Strohmänner eine A.-G., deren Zweck laut Statut der Betrieb einer Fabrik ist und ein Kapital von 300 000 Talern besitzt, von denen 250 000 für den Ankauf der Fabrik bestimmt sind, 50 000 als Betriebskapital dienen. Nunmehr zeichnen die Gründer das Kapital, wählen sich in der konstituierenden Generalversammlung zu Vorständen und Aufsichtsräten und bestätigen und loben alles, was bis dahin

7. Laskers Rede vom 4. IV. 73.
8. Denkschrift S. 15.

geschehen ist. Nachdem dann so die Gründer feierlich entlastet sind, werden die Aktien dem Publikum überlassen.

Scharf wandte sich die Kritik gegen die Einrichtung der konstituierenden Generalversammlung, in der die Gründer sich selbst offene Vorteile bewilligten und die Rechtmässigkeit der dunklen Vorgeschichte der Gründung proklamierten. Es war ein schwerer Fehler des Gesetzes, dass es zu wenig tat, die heimlichen Gründergewinne, die in unserem Beispiel in den Differenzen zwischen Einkaufs- und Verkaufspreisen der Gründer mit je 50 000 Talern bestehen, klar zu legen. Wenn laut bekannt zu machendem Statut den Gründern für ihre Mühewaltungen Löhne bewilligt werden, so ist dagegen nichts zu sagen. Wenn aber von diesen Löhnen der Aktionär nichts erfährt, wenn sie in der Ankaufssumme verborgen liegen, so bedeuten sie eine unmittelbare Benachteiligung des Aktionärs. Denn dieser ersteht seine Gesellschaftsanteile in der Meinung, dass deren Grundlage ein Objekt von dem Werte bilde, der angeblich für dasselbe hingegeben wurde. Natürlich ist an sich nicht dagegen einzuschreiten, wenn eine Gesellschaft zu teuer kauft. Eine Täuschung des Publikums hätte verhindert werden können durch die Bestimmung, dass die einzubringenden Objekte vor der Einbringung einer sachverständigen Taxatur unterliegen, dass ferner alle in den letzten Jahren vorgekommenen Besitzveränderungen des Objekts mit dem jedesmaligen Kaufpreis angegeben werden müssten. Starke Differenzen in den Kaufschillingen und mehrmalige Besitzerwechsel hätten das Publikum zur Vorsicht mahnen können. Die von den Gründern gemachten Veröffentlichungen, die Prospekte, unterliessen geflissentlich genauere Präzisierung bei der Feststellung des Gesellschaftsbesitzes. Die Kritik[10] forderte nun, an die Er-

9. Schriften d. V. f. S. 30.

10. Denkschrift S. 16—17; Wiener in Schriften I S. 11/12; Wagner u. Schriften IV, S. 55.

richtung des Prospektes anknüpfend, die Publikation aller den Gesellschaftsbesitz berührender Verhältnisse als einen Teil des Gründungsprozesses. Den Prospekt wollte man zu einer offiziellen Einrichtung machen, welche gewissenhaft angäbe, welches die Grundlagen und Gewinnaussichten der Gesellschaft seien. Wenn eine Gesellschaft auf Grund von Erwerbung von Anlagen errichtet wurde, oder die Gründer Einlagen machten, die nicht in Barzahlungen bestanden, so sollte der Prospekt nicht nur die Erwerbspreise der Objekte nennen, sondern auch die tatsächlichen Unterlagen, auf denen die Preise beruhten, auseinandersetzen. Es sollte ferner angegeben werden, wie oft und bei welchen Preisen die Objekte in den letzten Jahren die Besitzer gewechselt hätten. Von anderer Seite[11] wurde auf den Prospekt als einen wesentlichen Teil des offiziellen Gründungsvorgangs verzichtet, aber die oben genannten Angaben für das Gesellschaftsstatut gefordert. Diesem Wunsche folgte auch das Gesetz von 1884,[12] indem es genaue Darlegung der materiellen Grundlagen der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag fordert, der zu veröffentlichen ist. Es erfüllt auch Wieners Forderung,[13] dass die Erwerbung von Immobilien in den ersten zwei Jahren nach der Gründung ebenfalls besonderer Eintragung beim Handelsregister und spezieller Genehmigung durch die Generalversammlung bedarf.[14] Vordem konnten die Gründer, solange sie noch die Macht in den Händen hatten, der Aktiengesellschaft was sie wollten und so teuer sie wollten, verkaufen. Ja, es hatte ihnen freigestanden, im Statut alle Einbringungspreise zu verschweigen, in dem sie im Statut die Erwerbung als Absicht bezeichneten und die Ankäufe erst nach erfolgter Eintragung der Gesellschaft ins Register vollzogen.

---

11. Lasker S. 27 des Separatdrucks.
12. N. 209, lit. b. u. g.
13. Schriften I S. 17.
14. N. 213, lit. f.

So hat das neue Recht Unregelmässigkeiten erschwert und hat das Licht der Oeffentlichkeit auch in die Entstehungsperiode der Gesellschaften heller fallen lassen, hat verhindert, dass die Unternehmungen mit „unheimlichen heimlichen Gründergewinnen" beschwert werden können.

Ferner hat es aus dem Gründer, einem bis dahin sehr schwankenden Begriff, einen greifbaren und verantwortlichen Faktor gemacht. Gründer sind [15] die Aktionäre, die das Statut feststellen oder Einlagen, die nicht durch Barzahlung zu leisten sind, machen. Diese Gründer waren bisher unverantwortlich, da sie sich selbst gegenseitig Entlastung erteilen konnten. Es entsprach einem dringenden Bedürfnis,[16] dass die Entlastung in weit spätere Zeit verlegt wurde.

Auch zivilrechtlich konnten die Gründer nicht gepackt werden, wenn sich nicht die Schädigung bestimmter Personen nachweisen liess, was nicht der Fall war, wenn die Aktien nicht mehr in den Händen der ersten Besitzer waren. Mit Recht forderte man eine Haftpflicht bis zur Höhe der erzielten Vorteile. Mit Recht wurde bestimmt, dass die Gründer der Gesellschaft selbst persönlich und solidarisch haftbar sind. Die grössere Vera. 'ortlichkeit der Gründer war mit Recht ein Postulat aller derer,[17] die die Reform des Aktienrechtes bedachten.

Somit kennen wir die beiden Hauptfehler des Aktienrechtes von 1870. Es ermöglichte Verschleierungen der Grundlagen der Gesellschaften und sicherte den Aktionär nicht einmal dadurch, dass es Handhaben bot, die Gründer zivil- und strafrechtlich genügend zur Verantwortung zu ziehen. Daneben hatte es noch viele Schwächen und Lücken untergeordneter Art, gegen die wir in der Literatur der 1870er Jahre Angriffe finden.

---

15. Nach N. 209, lit. e.
16. Denkschrift S. 17; Wiener S. 10, 15.
17. Denkschrift S. 17; Lasker S. 44; Wiener S. 14.

Sehr scharf kritisierte man die Bestimmung, dass vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister eine Einzahlung von 10 % des Nominalkapitals gefordert wurde. Es sollte dadurch der Beweis für die Ernsthaftigkeit des Projektes und der Zeichnungen gebracht werden. Der Nachweis der erfolgten Einzahlung konnte gebracht werden durch eine Bestätigung derselben durch die Generalversammlung. Da aber, wie wir schon sehen, die Generalversammlungen Scheinakte der Gründer und ihrer Verbündeten sein konnten, so gewährte die Erklärung der Generalversammlung nicht eine „wirkliche Kontrolle“, sondern nur den gefährlichen Schein einer solchen.[18] Aber auch da, wo die Einzahlungen vorgezeigt wurden, lag oft ein Scheinmanöver zu Grunde. Erfahrungsgemäss wurde das Gesetz umgangen. Diese Uebertretung musste dann zu einer Fälschung der Bücher führen, die zwar den Aktionär nicht zu schädigen brauchte, wohl aber — und das ist von eminenter Wichtigkeit — das moralische Empfinden in den Gründerkreisen erheblich beeinträchtigte. Lasker betont einmal mit Recht,[19] dass „man soll den Betrug den Betrügern überlassen“ und nicht durch Gesetze nahelegen, dass eine an sich bona fide arbeitende Sache den Weg des Gesetzes verlässt. Das aber lag gar zu nahe, man entlieh entweder nur die vorzuweisenden Summen, oder, waren sie wirklich von den Zeichnern eingezahlt, so restituierte man sie.

Dringend nötig war die Verschärfung der Bestimmungen dahin, dass die erfolgten Einzahlungen von sämtlichen Gründern, Aufsichtsräten, Direktoren zu bestätigen sei und dass diese Personen persönlich haftbar seien, wie es Artikel 210 des 1884er Gesetzes befiehlt. Derselbe erhöht die einzuzahlende Summe auf 25 % des Nominalbetrages, wodurch tatsächlich leichtsinnige Zeichnungen etwas verhindert wur-

18. Denkschrift S. 21.
19. S. 18 des Separatdrucks seiner Rede.

den. Auch hier lag die Hilfe aber besonders in der verstärkten Verantwortlichkeit der Gründer.

Der Mangel einer ernsten Haftpflicht auch der Aktienzeichner, die mit den Gründern freilich meistens identisch waren, war ein weiterer Fehler des herrschenden Aktienrechtes. Die A.-G. beruht auf dem Prinzip, dass der Aktionär nur mit seinem Anteil haftet, also nur begrenzt haftet. Wie wir sehen, ist das Prinzip ein gesundes und trotz seiner Schattenseiten beizubehalten. Eine noch weiter gehende Beschränkung der Leistungen des Aktionärs ist aber unbedingt zu verwerfen. In zweifacher Form trat sie häufig in Erscheinung, entweder in der Ausgabe der Aktien unter Pari oder in der „Liberierung."

Im ersteren Falle erliess man den Aktionären bei der ersten Einzahlung die Differenz zwischen dem Nominalbetrag der Aktien und dem in Aussicht genommenen Kurswert. Zwar verbot das Gesetz von 1870 schon dieses Verfahren, ohne Nachdruck und deshalb ohne Erfolg. Es wurde die Gesetzesübertretung lange vom Staate geduldet, beinahe anerkannt. (Strou ssberg!) Ihre direkte Wirkung kam der einer Reduktion des Nominalkapitals gleich, bei einem Kurs von 80 brachten 100000 Taler Nominal nur 80000 Taler Geld in die Kassen der Gesellschaft. Die Emission von Aktien unter Pari zwang daher, die zu emittierende Summe möglichst hoch anzusetzen, damit der Rest noch ausreichte. Der Grund zu der Aktienausgabe unter Pari war die Rücksicht auf die Schwäche des Publikums, das einen vier Taler Zinsen bringenden Geschäftsanteil lieber kauft, wenn er auf 100 Taler lautet und 80 kostet, als wenn er auf 80 lautet und ebensoviel kostet. Die von manchem nicht gewollte Folge, die bei manchem Emittenten aber auch Zweck war, bildete die Tatsache, dass der Aktionär glauben musste, die Gesellschaft habe als materielle Grundlage ein Kapital

---

20. Schriften I. Goldschmidt S. 34.

das dem Nominalkapital etwa entspreche, woraus er die Hoffnung auf steigenden Zins schöpfen konnte. Deshalb forderte die Kritik strengste Durchführung des Verbotes dieser Täuschung des Publikums. Der herrschenden Ansicht, dass ohne Emission unter Pari die Aktien besonders von Eisenbahngesellschaften unabsetzbar sein müssten, wollte sie das Zugeständnis machen,[21] dass Aktien unter Pari verausgabt werden dürften, wenn auf denselben der niedrige Emissionskurs ebenfalls angegeben wäre, oder dieser wenigstens in den öffentlichen Statuten bekannt gegeben würde. Aber auch die von Lasker, Behrend und Wiener vorgeschriebenen Wege führen entweder nicht zu dem Ziele, dass das Publikum vor den Täuschungen bewahrt bleibt, oder aber sie gewähren nicht die Bequemlichkeit beim Absetzen der Aktien, um derentwillen sie vorgezeichnet waren. Die Emission von Aktien unter dem Nennwert muss unter allen Umständen für eine Institution gelten, die dem Schwindelgeist des Publikums und dem der Gründer gleichmässig entgegen kommt, die zu Verheimlichungen und Täuschungen anhält und das Rechtsbewusstsein verwirrt.

Die zweite Methode, die Haftpflicht der Aktienzeichner einzuschränken, bestand in der gesetzlich erlaubten Liberierung, das heisst Befreiung von weiteren Leistungen nach Einzahlungen von 40 %, ja, nach 25 % des gezeichneten Nominalkapitals. Im Interesse der Gesellschaftsgläubiger forderte die Kritik[22] das Verbot der Liberierung, das in der Voraussicht, nach kleiner Einzahlung jeder Haftpflicht los und ledig zu sein, unbesonnen spekulierte. Wenn Wiener[23] die Liberierung befürwortet, weil sie erfahrungsmässig nicht zu Unzuträglichkeiten geführt habe, so über-

---

21. Schriften I. Behrend 3, 51; Wiener S. 25—27; Lasker S. 23.
22. Schriften I. Behrend 52: Goldschmidt 34.
Schriften IV. Wagner 57.
23. Schriften I. S. 17—19.

sieht er doch ein wichtiges Moment, das überhaupt nicht genügend betont zu sein scheint. Wenn nämlich das Gesellschaftsstatut erlaubte, den Zeichner nach Einzahlung von 25 % weiterer Pflichten zu entbinden und den Aktienbetrag auf 100 Taler fixierte, so war damit die 25 Taler-Aktie geschaffen. An dem Handel mit solchen Werten können sich aber Dienstmädchen und Hausknechte beteiligen, durch sie wird zügelloser Spekulation gerade der urteillosten Kreise Tor und Tür geöffnet. Es war daher die Möglichkeit der Liberierung nach Einzahlung von 40 oder 25 % ein Fehler im Aktienrecht, der von tiefeinschneidender Wirkung auf das Wirtschaftsleben sein konnte.

Denn durch sie wurde der Missstand noch verschärft, der dadurch entstand, dass das Gesetz die Ausgabe von Einhunderttaleraktien zuliess. Das Gesetz von 1884 erforderte als Minimalbetrag von Aktien die Summen von 1000 Mark. Und das mit Recht! Nur so wird verhindert, dass sich die wenig vermögenden, geschäftsunkundigen Klassen an den Aktienspekulationen beteiligen. Man muss sich wundern, dass dieser Missstand weder auf dem Eisenacher Tage der Sozialpolitiker noch bei den sonstigen uns bekannten Kritikern zur Sprache kam. Man muss anerkennen, wenn das Recht von 1884 denselben abstellte.

Besonders auffallend musste es sein, wenn, was überaus häufig geschah, bei eintretendem Kapitalbedarf nicht die noch ausstehenden Zahlungen der Zeichner eingefordert wurden, sondern die Gesellschaft unter Liberierung der alten Aktien neue Aktien ausgab, und dabei durch Agio einen schönen Profit machte. Ueber die Unsinnigkeit des Verfahrens und die Gefahr, die mit ihm verbunden war, dass nämlich ohne Not junge Aktien um des Agios willen emittiert wurden, war man in der Kritik einig.[24]

Besonders gross war für die Leiter der Gesellschaften,

---

24. Schritten IV. Wagner 57; Lasker S. 32; Denkschrift S. 20.

die noch mit den Gründern identisch, oder von ihnen abhängig waren, die Versuchung zu vorschneller, leichtsinniger Emittierung junger Aktien, wenn die Gründer im Gesellschaftsvertrag sich vorbehalten hatten, einen Teil der etwa neu zu emittierenden Aktien zum Nennwert zu bekommen. Denn dieser Vorbehalt zu Gunsten der „ersten Zeichner" war erlaubt. Er führte naturgemäss zu einer Agiotage, deren Kosten das Publikum zu tragen hatte. Die Gesetzgebung folgte später der Kritik [25] durch das Verbot dieses Vorbehaltes.

Beschäftigten wir uns nun bisher mit den Missständen, die durch die Schuld des Gesetzes bei der Gründung und dem Ausbau der A.-G. vorkamen, so wollen wir jetzt einen Blick werfen auf die Art, in der die A.-G. geleitet werden konnten. Da ist zunächst der Mangel hervorzuheben, dass die Kontrolle der Geschäftsführung der A.-G. durch die Generalversammlung nicht genügend erleichtert wurde. Denn bekanntlich war der Aufsichtsrat ermächtigt, den Vorstand, der doch nur seinen eigenen Befehlen folgte, zu entlasten. Einstimmig forderte man grösseren Einfluss der Aktionäre auf die Geschäftsführung. Der Gesetzgeber [26] erreichte diesen durch die Bestimmung, dass durch blossen Majoritätsbeschluss Revisoren eingesetzt werden können, die die Geschäftsführung prüfen. Ja, die Minderheit kann sogar bei begründetem Misstrauen die Revision durchsetzen. Diese letztere Bestimmung ist von besonderer Bedeutung, weil so den Gründern die Möglichkeit genommen ist, die anderen Besitzer zu majorisieren, solange sie das Gros der Aktien besitzen.

Fassen wir noch einmal das Gesagte kurz zusammen. Das Aktiengesetz von 1870 war ein unzureichendes, hatte viele Schwächen und Lücken. Die ungenügende Aufklärung

---

25. Denkschrift S. 12; Lasker S. 32; Wagner in Schriften IV. S. 57.
26. N. 209, lit. a.

des Gründungsvorganges, die ungenügende Haftpflicht der Gründer, die leichte Umgehbarkeit der Bestimmungen über die Einzahlung des Kapitals, die Befreiung der Zeichner von Vollhaftung für den gezeichneten Betrag durch Ausgabe der Aktien unter Pari oder spätere Liberierung, die Zulassung von Aktien über nur 100 Taler, die Ausgabe von jungen Aktien vor Volleinzahlung der alten, endlich die sehr mangelhafte Ueberwachung der Geschäftsführung durch die Generalversammlung und die Wehrlosigkeit der majorisierten Minorität lassen uns das Aktienrecht verwerfen. Wir werden gezwungen, mit den Kritikern der 1870er Jahre dem Aktienrecht eine Mitschuld an der Krisis zuzusprechen. Nicht eine Ursache der vielen bemerkten Missstände dürfen wir in ihm sehen, sondern ein Abwehrmittel gegen sie, das sich unwirksam zeigte. Wir glauben gern, dass auch bessere Bestimmungen nicht genügt haben würden. Aber die herrschenden Gesetze hatten zu gutmeinender Uebertretung und böswilliger Verletzung fast herausgefordert.

Zweiter Abschnitt: Die französische Kriegskostenentschädigung.

Die Kriegskostenzahlung Frankreichs an Deutschland entsprach nicht den in sie gesetzten Hoffnungen, war kein unerschöpflich auf die Volkswirtschaft herabstürzender Goldregen, der da machte, dass „das Gold auf der Strasse liegt.“ Aber sie war auch nicht als ein Danaergeschenk zu bezeichnen, das über die Beschenkten ungeahntes Elend bringen musste. Man wird ja nicht umhin können zu gestehen, dass die wirtschaftlichen Erschütterungen Deutschlands durch sie

verstärkt sind. Mit nichten aber sind die Milliarden in der Krisis verloren gegangen, sie sind nur vorübergehend verschwunden, kehrten wieder ans Licht zurück. Sie waren in der Krisis nicht verloren, nur verlegt. — Die Zahlung von 5 000 000 000 Franken in einem Zeitraum von wenig über zwei Jahren ist die grösste Geldoperation, die die Weltgeschichte kennt. Sie musste auf die Weltwirtschaft von weitgehender Wirkung sein. Als Glied der Weltwirtschaft wurde unser Vaterland von ihr betroffen, als Empfänger der Gelder ganz besonders. Die Aufbringung der Gelder erregte den europäischen Geldmarkt tief. Die Zahlungen der Gelder versetzten den Geld- und Wechselmarkt in Zuckungen. Die Verwendung der Gelder, die in den Verkehr zurückflossen, übte seine Wirkung in erster Linie auf Deutschland aus, durch dieses erst wieder auf die Weltwirtschaft.

Im Aprilheft der preussischen Jahrbücher von 1873 erörterte Ludwig Bamberger die Folgen der Kriegskostenzahlung. Er legt dabei den Nachdruck auf die Unmöglichkeit, den Kapitalvorrat eines Volkes, d. h. seinen Vorrat an nützlichen Gegenständen in so kurzer Zeit um einen Wert zu vergrössern, der in den Milliarden ausgedrückt ist. Nach ihm ist daher die auf einen Zeitraum von zwei Jahren zusammengedrängte Zahlung nur eine fiktive Abwicklung dieses Prozesses. Erst in der Folgezeit und ganz allmählich können unter dem Anstoss, den die Zahlung für die Entwicklung des Wirtschaftslebens bedeute, eine Bereicherung des Volkes durch Arbeit und Bodenertrag stattfinden. Tatsächlich ist nur ein kleiner Teil der grossen Summe in Metallgeld bezahlt worden, das dem französischen Münzbestande entnommen wurde. Der bei weitem überwiegende Teil wurde in Wechseln bezahlt.

Kaum waren die Franzosen wieder Herren ihrer Hauptstadt, kaum hatten sie die Kommune zu Boden geschlagen, da wandten sie sich mit Eifer der Aufgabe zu, ihr Land gänzlich von der lästigen Gegenwart des Siegers zu befreien,

den Abzug der Okkupationsarmee durch Erfüllung ihres Zahlungsversprechens zu erkaufen. Der Frankfurter Friede forderte die Erledigung des Zahlungsgeschäftes am 2. März 1874. Nicht wunderbar erschien es, dass die französische Regierung durch eine Spezialkonvention sich erwirkte, dass die Frist bis zum 1. März 1875 ausgedehnt wurde. Wenn aber schon im Anfang die Finanzwelt sich über Frankreichs Erbieten, 5 000 000 000 Franken überhaupt zahlen zu können, gewundert hatte, war das Erstaunen erst recht gross, als im Frühjahr 1873 Frankreich sich erbot, am 5. September des Jahres seine Zahlungen zu beendigen. Die Erwartung unter günstigen Umständen eine zweite grosse Anleihe kontrahieren zu können, war für die französische Regierung der Grund ihres Entschlusses. Tatsächlich wurden statt der geforderten 4 Milliarden 43 gezeichnet. Durch Anleihe, die meistens im Inland begeben wurde, beschaffte Frankreich die Mittel für die Zahlung. Das bedeutete für Frankreich keine Beraubung an nützlichen Objekten, keinem Gewerbszweig wurden die Mittel zu gedeihlicher Entwicklung genommen. Aber eine riesige Verschuldung des Staates, eine jährliche Belastung des Etats, die Steigerung der Steuerlast war die Folge für die Franzosen.

Die Rückwirkung dieser Tatsache auf Deutschland war sehr gross. Wenn nicht durch die ungeheure finanzielle Belastung den Franzosen die Hände gebunden gewesen wären, hätte Deutschland jeden Augenblick gewärtig sein müssen, dass sie das Schwert zum Revanchekriege ziehen würden. Die für den Handel so köstliche, durch alle Opfer des Krieges kaum zu teuer erkaufte Aussicht auf langen Frieden, wäre ohne finanzielle Knebelung Frankreichs nicht möglich gewesen.

Die Zahlung der grossen Summe verlief anscheinend glatt. Frankreich erfüllte seine übernommene Pflicht, Deutschland erhielt Geld oder gute Wechsel. Aber welche schweren Störungen des deutschen Wirtschaftslebens begleiteten die

Zahlungsoperation, die durch den Zahlungsmodus hervorgerufen wurden. Nur im Anfang bezahlte Frankreich mit Geld, meist Silber, das es dem Münzvorrat des Landes entnahm und durch Noten mit Zwangskurs ersetzte. Ferner kaufte die französische Regierung alle Wechsel von Franzosen auf Deutsche auf und gab sie an die deutsche Regierung, sodass die deutsche Regierung Gläubiger, die französische Schuldner der eigenen Untertanen wurde. Endlich las Frankreich alle Wechsel auf das ganze Ausland auf, um sie zur Zahlung zu verwenden. So kaufte sie massenhaft französische Wechsel auf London, die Deutschland in Zahlung nahm.

Diese Wechsel, die das Hauptzahlungsmittel bildeten, liefen natürlich nicht alle an den durch Vertrag festgesetzten Zahlungstagen ab. Da bekanntlich das Produktionsgeheimnis unserer Tage in der Zinsersparnis liegt,[1] wurde das Geld aus dem Trattenerlös, das sich bei den beauftragten Bankiers ansammelte, verwandt, der Börse und der Spekulation zur Verfügung gestellt, doch so, dass es leicht wieder flüssig zu machen war. Aber doch nur mit grossen Schmerzen konnte sich die Börse jedesmal wieder von dem Gelde trennen, um so schwerer, je länger sie es genutzt hatte. Besonders im Sommer 1873, wo am 5. Juni, 5. Juli, 5. August und 5. September aus Wechseln je 500 Millionen bezahlt wurden, seufzte die Berliner Börse unter den monatlichen Aderlassen, die alle Bemühungen, die Deroute abzuwenden, vereitelten und der Kontremine wirksame Hilfe leisteten. Das Geld, das sich der Börse zur Verfügung stellte, erleichterte die Spekulation, seine Wiedereinziehung störte die Geschäfte.

Dieser unbedingt nachteiligen, volkswirtschaftlichen Wirkung der Zahlungsoperation müssen wir eine wohltätige, aber schliesslich auch mit Gefahren verknüpfte Wirkung an-

1. Delbrück im Reichstag, Nov. 1874.

reihen. Die Tatsache, dass Frankreich alle Wechsel auf Deutschland aufkaufte, gestaltete unseren Wechselkurs zu einem sehr günstigen, steigerte die Kaufkraft unserer Valuta, begünstigte den Import. Leider haben wir für die Freihandelsära keine gesicherten Zahlen über die Entwicklung von Aus- und Einfuhr. Doch ist unzweifelhaft, dass unter Einwirkung seiner Valuta Deutschland durch Hereinziehung nützlicher Objekte seine Produktionskraft steigerte.

Im Zusammenhang mit Deutschlands starker Nachfrage vollzog sich aber auch eine bedeutende Preissteigerung. Wir müssen diese von der allgemeinen Preissteigerung der Jahre 1850—1870 durch Geldentwertung trennen, da sie nicht wie die andere eine allgemeine Erscheinung der Kulturwelt, sondern eine speziell deutsche Erscheinung war. Bezüglich ihrer Rückwirkung auf die Volkswirtschaft kann alles gelten, was von der allgemeinen Geldentwertung gilt.

Die finanzielle Knebelung Frankreichs sicherte die Friedensaussichten, der günstige Stand unserer Valuta begünstigte die Einfuhr, den Handel und auch die Produktion. Die Steigerung der Preise machte letztere auch besonders vorteilhaft und drängte zur Spekulation. Das waren wichtige Folgen der Aufbringung und Auszahlung der Kriegsentschädigung.

An die Verwendung der Milliarden ist aber erst ihre Hauptwirkung geknüpft, an ihr Einströmen in den Verkehr.

Im Kriege war sehr viel Kapital zerstört worden. Eisenbahnen und Festungen mussten neu ausgebaut werden, die Reorganisation des Heeres musste Unsummen verschlingen. Invaliden mussten unterstützt, und doch wenigstens denjenigen Unternehmern geholfen werden, die durch den Krieg am schwersten getroffen waren. Hätten wir in törichter Grossmut auf den Ersatz der aus dem Kriege erwachsenen Kosten verzichtet, so hätte Deutschland nach dem Friedensschluss zur Befriedigung auch nur der nötigsten Bedürfnisse hohe Schulden kontrahieren müssen. Diese neuen Schulden

hätten in Verbindung mit den 1870—71 gemachten unser Budget stark belastet und zu einer erheblichen Anziehung der Steuerschraube gezwungen.

Darin, dass Deutschland dieser Not überhoben wurde, sehen wir den grössten, segensreichsten Einfluss der Milliarden auf unser Staats- und Wirtschaftsleben. Ohne verstärkten Steuerdruck auszuüben, konnten die Regierungen bei der Heilung der Kriegsschäden aus dem Vollen schöpfen, konnte die Kriegsmacht Deutschlands wieder hergestellt werden, konnte man human und reichlich bei Invaliden und geschädigten Unternehmern die Nöte lindern. Dabei blieb noch Geld zur Lösung einer wichtigen Aufgabe übrig: Deutschland konnte von der Silberwährung zur Goldwährung übergehen.

Das 19. Jahrhundert war in der Geschichte des Münzwesens die Zeit einer völligen Revolution. Wie einst die athenische Silber-, die römische Kupferwährung der Goldwährung gewichen sind, die erst um 750 in Europa verloren ging, so hat auch die neue germanisch-romanische Kulturwelt den Uebergang zur Goldwährung vollzogen. England ging voran. Frankreich hatte zwar Doppelwährung. Da aber der Preis des Goldes unter den in Frankreich gesetzlich normierten Wert gesunken war, so bestand doch der französische Münzumlauf zum grössten Teil in Gold. Deshalb plante Frankreich auch vor dem Kriege die offizielle Einführung der Goldwährung. Auch der norddeutsche Bund hatte an eine solche gedacht. Als dann durch die empfangene Kriegskostenentschädigung die Rücksicht auf die mit der Reform verbundenen Kosten in den Hintergrund gedrängt war, beschlossen Regierung und Reichstag die Reform, während Frankreich gar nicht an sie denken konnte, ja sogar für seine Banknoten Zwangskurs hatte. Der grosse Fortschritt wurde allerdings nicht ohne bedeutende Opfer erkauft. Denn bald nach der Demonetisierung des Silbers bei uns und den uns nachfolgenden skandinavischen Reichen,

trat eine solche Entwertung des Silbers ein, dass Deutschland bei dem Verkaufe seiner abgesetzten Silbermengen schwere Verluste hatte. Aber was wollte dieses Opfer bedeuten, wenn man es verglich mit den Vorteilen, die Handel und Verkehr aus der bequemen Währung hatten?

Max Wirth macht in seiner oft zitierten Geschichte der Handelskrisen der Regierung Vorwürfe wegen der Art der Ausgabe der Geldmünzen.

Man hätte, meint er, nur soviel Geld in den Verkehr bringen dürfen, wie man Silber aus demselben zog. Wie sollte das aber eine Regierung machen, die grosse Summen, vom Ausland als Erlös von Wechseln in Gold bezogen, in das Inland abgeben musste? Es standen den Ausgaben für Festungsbauten, Schuldrückzahlungen etc. eben keine Einnahmen aus dem Lande gegenüber. Es musste deshalb Gold ausgegeben werden! — Dass die starke Vermehrung des Münzumlaufs preissteigernd gewirkt hat, ist nicht zu leugnen. Dass sie so ein Stimulans für eine unreelle Spekulation bildete, ist ebenso sicher, wie die Tatsache, dass der legitime Handel und Verkehr aus der Münzreform Kraft und Leben sog. Der Hauptgrund für die Preissteigerung der Jahre 1871—73 liegt darin, dass der für Deutschland günstige Wechselstand den Abfluss des Geldes ins Ausland hemmte. Als nach Abwicklung der Zahlungsoperationen der Wechselkurs sank, da fingen auch die Goldmünzen an zu wandern und konnten anfangs nur durch höheren Diskont gehalten werden. Richtig ist Wirths Meinung, dass dieser hohe Diskont die Handelswelt gedrückt haben muss.

Die Regierung aber konnte nicht anders; wenn sie die erhaltenen Werte nicht einsperren wollte, musste sie sie in irgend einer Form ausgeben. Bei langsamer Abwicklung der Kriegskostenzahlung wäre allerdings der Konflikt vermieden worden.

Man kann zuweilen lesen, die Milliardenzahlung habe auf die Spekulation und den Geldverkehr keinen nennens-

werten Einfluss üben können; da doch der Empfänger desselben der Staat, nicht die Spekulation und Produzenten seien. Das ist unzutreffend. Die Regierung hat das empfangene Geld sogleich verwendet, indem sie entweder für Materialien und Löhne, sowie als Pensionen, Dotationen und Entschädigungen hingab, oder mit ihm Schulden abzahlte, oder es vorläufig zinstragend anlegte.

Blicken wir bei der folgenden Betrachtung auf die Abrechnung über die 5 Milliarden, die wir Gebhards Handbuch entnehmen.[2] Unter 2, 3, 4, 13, 17, 18, 19 sind Beträge angegeben, welche sofort an Private gegeben wurden und in den Verkehr gelangten, im ganzen 70 Mill. Taler. Diese erleichterten den Geldmarkt erheblich, wenn auch nicht um ihren ganzen Betrag; die Summen 13, 18, 19 werden ganz dem Kapitalmarkt zugeflossen sein. Denn wenn auch z. B. die Dotierten ihr Geld in Gütern anlegen mochten, so mussten doch die Vorbesitzer ihr Geld wieder unterbringen; auf dem Markte erschien Anlage suchendes Kapital.

Das Reich selbst erschien als Anlagesucher. Ein Reichsinvalidenfonds von 187 Mill. Talern sollte die Zukunft der Kriegsinvaliden sicher stellen und dem Reiche eine dauernde Ausgabe ersparen. Das Reich kaufte Effekten und Wechsel, ja lombardierte!

Direkt und indirekt kam das Reich dann dem Kapitalmarkt zur Hilfe. 770 Mill. Mark suchten nun Anlage.

Gleichzeitig aber zahlten die Staatsregierungen grosse Summen von Schulden zurück. Kündbare kündigten sie, andere kauften sie auf dem Markte zurück. So wurden die Effekten zur Anlage immer knapper, wie das Anlage suchende Kapital vermehrt wurde. Nun gab es zwei Möglichkeiten. Entweder konnte sich das Kapital ins Ausland wenden. Max Wirth macht darauf aufmerksam, das einfachste wäre gewesen, Deutschland hätte französische Rente gekauft! Oder

---

2. Siehe Beilage V.

es mussten in Deutschland neue Anlagegelegenheiten geschaffen werden.

Lange hatte sich das deutsche Kapital vor heimischen Anlagen gefürchtet, war ins Ausland abgeflossen. Seit 1871 aber waren die Friedensaussichten fest, die öffentliche Meinung von der wirtschaftlichen Zukunft war die allerbeste. Sie war auch gewiss begründet, entsprang aber weniger klugen Ueberlegungen als dunklen Gefühlen. Sie ist als psychologische Erscheinung zu würdigen. Man glaubte an das auf der Strasse liegende Geld. Und das hatten zu guten Teile die Milliarden verursacht, die so tiefer auf die wirtschaftliche Entwickklung einwirken als vernünftige Ueberlegung. Unter ihrem Einfluss befriedigte man das Anlagebedürfnis des Kapitals weniger durch fremde Papiere, als früher. Nur nach Oesterreich-Ungarn, das unsere Väter nicht so völlig als Ausland verstanden wie wir, floss viel Kapital.

Neue Unternehmungen wurden gegründet. Besonders die Montan- und Maschinenindustrie vergrösserte sich. Auch hier wirkten die Milliarden ein, d. h. die Reichsregierung durch sie. Die Posten 5, 6, 7, 12, 16 bedeuten ungeheure Aufträge für die Industrie und das Bauunternehmertum. In Verbindung mit dem besonders berechneten Heeresetablissement brachten sie eine Milliarde Mark in den Verkehr, die Industrie reich befruchtend, die so instand gesetzt wurde, dem Kapital Anlagen zu liefern.

Fassen wir die Wirkungen der Verwendung der Milliarden durch die Reichsregierung zusammen: Die Zuführung von ca. 770 Mill. Mark als Anlagen suchendem Kapital, sowie das Freiwerden von Privatkapital durch Schuldenrückzahlungen von Staaten nötigte anderweitige Kapitalanlage zu suchen. — Der Glauben an die segensreiche, fast magische Wirkung der Milliarden wandte die allgemeine Gunst einheimischen neuen Werten zu, und die grossen Aufträge der Regierungen, die rund eine Milliarde Mark der

Industrie zuführten, erregten die Produktion, ermutigten die Spekulation und den Gründungsschwindel.

Dritter Abschnitt: Die Geldwertschwankungen.

Als eine wesentliche Ursache der wirtschaftlichen Erschütterungen wurden schon bald und mit Recht die Schwankungen bezeichnet, die sich in der Zeit vor und nach der Krisis in der Höhe der Warenpreise bemerkbar machten. Die steigenden Preise vor der Krisis sollten das Unglück heraufbeschworen, die fallenden sollten die Heilung verhindert haben. Dass dem so war, werden wir nicht bestreiten können. Ueber die Gründe der verhängnisvollen Preisbewegung werden wir noch nachzudenken haben.

Manche erklären sie für eine Folgeerscheinung der Ueberproduktion und Ueberspekulation der Krisenjahre. Das aber geht nicht an, weil die Preissteigerung älter als die Produktionssteigerung ist; letztere ist vielmehr von ersterer bewirkt worden. Andere führten sie — unseres Erachtens mit Recht — auf eine Geldentwertung durch gesteigerten Geldumlauf zurück, wieder andere erkannten sie zwar als eine Folge einer Geldentwertung an, wollten diese aber nicht als eine Wirkung gesteigerter Edelmetallproduktion gelten lassen.

Alle, die in der ersten Zeit sich mit dem Problem befassten, hatten damit zu kämpfen, dass ihnen kein genügend sicheres Material an statistischen Daten für den Umfang der Edelmetalproduktion einerseits, für die Warenpreisbewegung andererseits zur Verfügung stand, wenn sie auch schon bedeutende Forschungen von Jevons, Laspeyres und

Soetbeer zur Verfügung hatten. Wir sind heute in besserer Lage, haben das Zahlenmaterial für die Zeit vor der Krisis gesicherter und kennen auch die Bewegung von Edelmetall produktion und Warenpreisen für das folgende Vierteljahrhundert. Soetbeers klassische Materialien zur Erläuterung und Beurteilung der wirtschaftlichen Edelmetallverhältnisse[1] sind von Biedermann bis 1895 fortgesetzt.[2] Die Bewegung der Warenpreise von 1850—1900 ist von Otto Schmitz[3] klar und sorgfältig dargestellt. — So haben wir für unsere Betrachtung des Problems sichere Grundlagen und können es wagen, den Ergebnissen zu widersprechen, zu denen Paasche in seinen Studien über die Natur der Geldentwertung[4] kam.

Zwar erkennen wir gerne an, dass gesteigerter Geldvorrat nicht einfach einen direkten, fast mechanischen Einfluss auf die Warenpreise hat, sondern er hat nur einen indirekten. Er wirkt[5] als ein wichtiger Hebel zur Beschleunigung des wirtschaftlichen Lebens und Verkehrs und kann dadurch „vielfach eine Preissteigerung vieler Waren herbeiführen, ohne dass jedoch dieses Resultat überall die notwendige Folge sein müsste.“[6]

Wenn Paasche jedoch nur meint, „der schnellen Zunahme der Zirkulationsmittel einen Platz in der Reihe der Ursachen der Geldentwertung nicht ganz versagen zu dürfen,“ so glauben wir doch, Wagner[7] und Neumann[8] folgend, derselben den allerersten Platz einräumen zu müssen.

---

1. 2. Anflage 1886.
2. Statistik der Edelmetalle.
3. Berlin 1903.
4. Jena 1878.
5. Pasche S. 81.
6. Pasche S. 82.
7. Wagner: Unsere Münzreform 1877.
8. Neumann: Die Teuerung der Lebensmittel.

Dem Laien erscheint der Wert des Geldes unveränderlich. Er erscheint ihm als der erste Massstab aller Werte, während er sich von dem Wechsel der Warenpreise und der Lohnhöhe durch einen Blick ins Leben sofort überzeugen kann. — Aber auch der Wert des Geldes ist Schwankungen unterworfen, wie uns der Blick in die Geschichte sofort zeigt. Der Tauschwert des Geldes ist seine Fähigkeit, Waren zu kaufen. An dem Verhältnis, in dem er zu den Waren steht, den Warenpreisen, ist seine Höhe zu erkennen. Ueber die Bestimmungsgründe, welchen der Geldwert unterliegt, ist viel gestritten worden. Sie können einmal natürlich auf der Warenseite liegen. Sie können aber auch auf der Seite des Geldes liegen und lassen sich dann auf Veränderungen der Menge des im Verkehr befindlichen Geldes oder auf Veränderungen des Bedarfs der Volkswirtschaft an denselben zurückführen. Die Entdeckung, dass auch auf Seiten des Geldes Gründe für die Veränderung seines Wertes liegen, ist alt und wurde in ihrer Bedeutung einseitig überschätzt. Nach J. ST. Mill variiert der Wert des Geldes, wenn die sonstigen Dinge sich gleich bleiben, im ungekehrten Verhältnis seiner Quantität, indem jede Zunahme der Quantität den Wert verringert, jede Verminderung derselben ihn erhöht, und zwar in einem genau entsprechenden Verhältnis. — „Diese Quantitätstheorie“ war lange durchaus herrschend. Wir möchten nicht für ihren Anhänger gelten, umsoweniger, als wir im Folgenden der Edelmetallmenge starken Einfluss auf die Warenpreisgestaltung einzuräumen gedenken. Die Anschauung, dass der Edelmetallvorrat einen Einfluss übt, wie ihn Mill ausführt, ist durch nichts bewiesen. Sie träfe zu, wenn durch ein Zauberwort alle Geldmengen in der Hand ihrer Besitzer verdoppelt würden. Dann vielleicht würde eine Geldverdopplung eine Verdopplung der Warenpreise bedingen. Mit Recht schiebt Paasche zwischen die Vermehrung des Geldes und die Tatsache der Geldentwer-

tung ein Mittelglied ein,[9] die Steigerung der Bedürfnisse. Er geht davon aus, wie gewonnenes Gold in den Verkehr gelangt. Es setzt seine Produzenten in den Stand, als Käufer in grossem Stil aufzutreten, regt also die Nachfrage stark an und treibt, wie alle Nachfrage die Tendenz dazu hat, die Preise. Paasches Theorie, die nur in gewissem Sinne auch eine Quantitätstheorie ist, drang bald durch. Besonders in unserem Zeitalter sei die Menge des Geldvorrats nur ein unwesentlicher Faktor bei der Warenpreisbildung. In alter Zeit sei sie aber der allerwichtigste gewesen. Allein wenn man das auch für die allerprimitivsten Zustände zugeben muss, so hat Soetbeer[10] doch nicht mehr Recht, wenn er das für das klassische Altertum und das Mittelalter annimmt. Als die Laurischen Bergwerke plötzlich viel Silber auf den Markt brachten, stiegen in Athen die Preise rapide. Sollte hier nicht etwas anderes mehr gewirkt haben, als ein tatsächlicher Geldstoffüberfluss? Denn, dass die Handelsstadt Athen zu viel Geld gehabt haben sollte, für das sie an fernen Gestaden massenhaft Waren eintauschen konnte, ist unglaublich. Im Gegenteil, das Silber wird den Luxus, andererseits den Unternehmungsgeist, vielleicht auch die Spekulation gestärkt und so die Preise getrieben haben. Im Gegensatz zu Soetbeer glauben wir hier eine hochmoderne Erscheinung zu sehen. — Das kaiserliche Rom, in dem das Gold der Welt zusammenströmte, war die teuerste Stadt seiner Zeit. Sollte das nicht leichter durch die tatsächliche Schwierigkeit der Verproviantierung, durch seine Geldwirtschaft erklärbar sein, also durch hochmoderne Erscheinungen? Wenn in der nachrömischen Zeit die Preise fielen, und zu Karls des Grossen Zeiten unerhört tiefen Stand hatten, so ist daran nur schuld, dass durch die Stürme der Völkerwanderung mancher Geldstoff verloren worden war?

---

9. A. a. O. S. 23—30.
10. Materialien S. 81.

Nehmen wir wirklich eine bedeutende Geldstoffverminderung an, so können wir sie doch nicht für den entscheidenden Grund halten. Viel wichtiger war die Zerstörung der Kredit- und Handelsorganisation der Imperiums. Dazu kommt, dass die Chalifate von Bagdat und Corboda, die die Welt der materiellen Kultur der Zeit darstellen, der Halbkulturwelt den Geldstoff entzogen haben werden. So sind die tiefen Preise zur Zeit Karls erklärt.

Müssen wir einen direkten, mechanischen Einfluss des Edelmetallvorrats auf die Warenpreise auch unter allen Umständen leugnen, so müssen wir doch den indirekten unbedingt betonen. Ceteris paribus würde sogar jede Veränderung des Edelmetallvorrats Warenpreisschwankungen hervorrufen.

Aber cetera können nie paria sein. Stets schwankt z. B. der Geldbedarf der Kulturwelt. Betrachten wir seine Entwicklung im dritten Viertel des 19. Jahrhunderts. Wichtige Momente sprechen für seine bedeutende Steigerung. Im genannten Zeitalter hat der Handel eine grosse Ausdehnung erfahren. Paasche[11] zeigt uns in 9 Tabellen die Aussenhandelsentwicklung der mächtigsten Staaten und legt dar, dass sich derselbe von 1850—75 vervierfacht, zum Zeil versechsfacht hat. Nun ist allerdings der internationale Handel ein Tauschhandel, die Umsätze erfordern keine Zahlungsmittel, soweit sie sich kompensieren. Nur die Differenzen werden bar beglichen, was bei dem heutigen Handel mehr Geld erfordert, als beim früheren. — Wichtiger ist uns aber, dass die Vermehrung des Aussenhandels eine Steigerung des Handels überhaupt, also auch des mit Zahlen für uns nicht zu erfassenden Binnenhandels bedeutet. Dieser aber erfordert für seine Umsätze sehr viel bares Geld. Da nun der Handel überhaupt in 25 Jahren um das drei- oder vier-

11. A. a. O. S. 134—143.

fache in den Kulturländern gestiegen ist, so erfordert er im Prinzip viel mehr Zahlungsmittel als früher.

Als ein zweites Moment, das eine Vermehrung der Zahlungsmittel gebieterisch erforderte, betrachten wir die Tatsache, dass durch Eisenbahn und Dampfschiff, durch Mission und Zivilisation um die Mitte des 19. Jahrhunderts neue Völker in den Strom des allgemeinen Weltverkehrs gezogen wurden, dass in ihrem Innern Arbeitsteilung und Binnenverkehr eine Geldwirtschaft an Stelle der alten Naturalwirtschaft setzten. Osteuropa, Südamerika, erhielten damals moderne Volkswirtschaften, auch Teile von Asien und Südafrika.

Den Tatsachen der Ausdehnung des Verkehrs in den alten Kulturländern, der Einbeziehung neuer Länder in die Weltwirtschaft, die eine Vermehrung des Geldvorrats notwendig erscheinen lassen mussten, wirkten Momente entgegen, die eine Verminderung des Geldvorrats zuzulassen schienen. Die moderne Wirtschaft mit ihrer feinen Ausbildung des Kreditwesens gestattet grosse Umsätze, bei denen kein Geld in Zirkulation zu treten braucht.

Der Wechsel, der mehrmals indossiert wird, ersetzt ebenso viele Zahlungen von Bargeld. Ebenso wirkt Metallgeld sparend die Kreditform des Clearinghauses. Dieses vermittelt Zahlungen zwischen seinen Kunden, indem es die zu begleichenden Summen ihrem Guthaben ab- oder zuschreibt. Lässt sich der Umfang des Wechselverkehrs auch nicht annähernd statistisch erfassen, so sind wir doch sicher, dass er von 1850—70 eine erhebliche Erweiterung erfuhr. Das Clearinghaus hat sich überhaupt erst in dieser Zeit eingebürgert. — Gleichfalls hierher gehörig und sehr wichtig ist die Institution der Banknoten, die, soweit sie ungedeckt sind, ebenso wie Staatsnoten als Zirkulationsmittel Geld vertreten und ceteris paribus Geld überflüssig machen.

Es muss nun ausserordentlich schwer sein, abzuwägen, ob die Zirkulationsmittel sparende Kreditorganisation oder

die Steigerung des Bedarfs an Zirkulationsmitteln schwerer wiegt. Paasche meint nun,[12] der Geldvorrat habe dank seiner Entlastung durch den Kredit und dank seiner Vermehrung genau der Steigerung des Geldvorrates folgen können. Weder Mangel an Geld noch Ueberfluss sei nachzuweisen. Die bemerkte Zunahme der Warenpreise sei zurückzuführen auf eine Steigerung des Konsums, eine Steigerung der Bedürfnisse der Gesamtheit und des Einzelnen.

Dieser Hypothese, für die weder strikter Beweis, noch Gegenbeweis zu bringen ist, stellen wir Neumanns und Wagners Ansicht entgegen, nach der der Geldvorrat schneller, als der Geldbedarf wuchs und das Geld entwertete.

Paasche hat unter Benutzung reichen Materials die Zunahme von Zirkulationsmitteln berechnet, wovon ich nur die Resultate kurz angebe. Nach ihm betrug

A.n Ende j. J.	d. Münzvorrat	Betrag der ungedeckten Staats- u. Banknoten	die Summe aller Circulationsmittel	d. prozentisch Zunahme e gegen 1849
1849	10,000 Mill.	1,200 Miliard.	11,200	100 %
1854	11,304 „	2,200 „	13,500	120,5 %
1859	12,168 „	3,200 „	15,370	137,2 %
1864	12,668 „	5,200 „	17,870	159,5 %
1869	13,643 „	6,100 „	19,750	176,3 %
1874	14,720 „	7,300 „	22,020	197,3 %

Diese Tabelle zeigt eine Vermehrung des Münzvorrats um nahezu 50 %, während sie nach Wagner für die Zeit 1848—1876 = 91 % zu setzen ist und auch von Neumann höher geschätzt wird. Soetbeer[13] schätzt den monetaren Goldvorrat für 1850 auf 3,348 Milliarden Mark, für die Periode 1877—80 auf 12,884 Milliarden, hält aber eine Schätzung des monetaren Silbervorrats für nicht möglich. Wagner gibt diesen für 1876 auf 2,2 Milliarden an. Aus all dem

12. A. a. O. S. 151.
13. Materialien S. 47.

sehen wir, dass die Paaschesche Schätzung als die zulässigst niedrigste gelten muss, und dennoch zeigt sie eine starke Vermehrung des Münzvorrats, die der Edelmetallproduktionssteigerung allerdings nicht gleichkommt. Hat diese Steigerung des Münzvorrats wirklich keine Wirkung hinterlassen, obwohl sie von einer so grossen Menge von geldvertretenden Papieren, Staats- und ungedeckten Banknoten begleitet war?

Die Warenpreissteigerung unseres Zeitalters ist unzweifelhaft. In fast allen wichtigen Zweigen des Handels ist sie nachweisbar.

Otto Schmitz hat uns einen klaren Spiegel derselben gegeben. Dieser zeigt uns eine allgemeine Warenpreissteigerung für die Zeit von 1850—1873, die insgesamt 40% ausmacht. Von älteren Statistikern wurde die Warenpreisveränderung ähnlich berechnet.[14] Nach Jevons betrug die Geldentwertung von der Periode 1845—1850 bis 1860—1872 etwa 15%, so unsicher ihm selbst auch seine Zahlen waren. Laspeyres setzte die Warenpreisveränderung für die Perioden 1846—1850 und 1861—1865 mit 18,58% an. Neumann nimmt ebenfalls eine Geldverbilligung von 18—20% an für die Zeit von 1850—1865 und betrachtet sie als wichtigsten Faktor der Preisbildung, nach dem allerdings noch andere Faktoren preissteigernd wirkten. So waren besonders die hohen Preise der Jahre 1870—1873 von besonderen Gründen abhängig.

Wir haben jetzt an der Hand leidlich gesicherter Schätzungen gesehen, wie im Zeitraum 1850—1873 einerseits die Menge des umlaufenden Geldes stark vermehrt wurde, andererseits die Warenpreise stiegen. Im Gegensatz zu Paasche nehmen wir durchaus einen ursächlichen Zusammenhang zwischen beiden Erscheinungen an. Und zwar bestimmen uns besonders zwei Gründe von der Ansicht des

14. Nach Neumann S. 27—28.

Gelehrten abzuweichen, der sich am eingehendsten mit der Frage beschäftigt hat. Einmal erscheint uns Paasches Erklärung der Warenpreise als nicht genügend. Nach ihm ist sie hervorgerufen durch die gestiegenen Bedürfnisse, durch dengesteigerten Konsum. Er weist die wohl nicht bestreitbare Tatsache nach, dass in der Zeit von 1850—1875 die Lebenshaltung der weitesten Kreise sich in unerhörter Weise gehoben habe. Wenn man ferner berücksichtige, dass auch die Zahl der Konsumenten stark gestiegen ist, so könne man sich nicht wundern, dass die vermehrte Nachfrage die Preise getrieben habe. Woher aber die Steigerung des Konsums? Paasche[15] unterscheidet innere Gründe und äussere Anstösse. „Aus den unfreien Hörigen sind zum Teil freie Bauern geworden, die belasteten Grundstücke der kleinen Besitzer sind frei geworden, die Hemmungen des Verkehrs und des Gewerbebetriebes, die so lange schwer auf jeder Entwicklung lasteten, sind durch bessere, freiere Gesetzgebungen allmählich entschwunden und überall ist der Wohlstand des Volkes gehoben und erblüht." Dagegen ist zu bemerken, dass ein grosser Teil des Gesagten auch auf die Zeit nach der Stein-Hardenbergschen Reform zutrifft. Warum hatten die damaligen Vorgänge nicht gleich den angedeuteten Einfluss? Die „bessere, freiere Gesetzgebung" in bezug auf Handel und Gewerbe, ja die setzte bekanntlich auch schon damals zu einem Teil ein, zum anderen Teil erst in den 1860er Jahren, also als die Preisbewegung bereits im Gange war.

Als weiteren, inneren Grund nennt Paasche die Tatsache, dass der Arbeiter um die Mitte des 19. Jahrhunderts seine Macht zu fühlen begann, sich einen inneren grösseren Anteil am Arbeitsertrag verschaffte und immer konsumkräftiger ward. Doch wurde er es? Die Einführung des Grossbetriebs, die Einführung der Aktiengesellschaft als

15. A. a. O. S. 168 ff.

Unternehmungsform, die Industrialisierung Deutschlands haben diese soziale Wandlung ermöglicht. Hinter der wirtschaftlichen Umwälzung steht wieder als ein nicht unwichtiger Faktor die Vermehrung des Geldvorrats in der Kulturwelt.

Neben inneren Gründen nennt Paasche noch äussere Anstösse, von denen er nur die Auffindung der australischen und kalifornischen Goldfelder und die Milliardenzahlung Frankreichs an Deutschland nennt.

Der Beweis, dass wesentlich andere Momente die Preise bestimmt und getrieben hätten, die vom Gold unabhängig sind, ist von Paasche nicht erbracht. Neumann, Laspeyres und Wagner sind von Paasche nicht widerlegt.

Eine weitere Stütze für ihre Ansicht bietet die Beobachtung der Warenpreisbewegung in der auf die Krisis folgenden Zeit.

Seit Anfang der 1870er Jahre ging die Goldproduktion zurück, während fortwährend neue Gebiete in den Weltverkehr einbezogen wurden. Stimmten ihre Ansichten, musste der Goldwert jetzt steigen. Tatsächlich fällt der Warenpreis[16] bis zum Jahre 1886. Und als er sich dann wieder hebt, sehen wir, dass sich kurz zuvor auch die Goldproduktion wieder gesteigert hat![17]

So scheint uns der ursächliche Zusammenhang zwischen der Entdeckung der neuen Goldfelder und der Warenpreissteigerung von 1870 zwar nicht bewiesen, aber doch ausserordentlich wahrscheinlich.

Der Zusammenhang zwischen unserer Wirtschaftskrisis und der Geldwertbewegung ist nun ein zweifacher. Die Geldentwertung von 1873 hat mit zur Krisenentstehung beigetragen, die Geldwertssteigerung nach 1873 hat die Heilung der Krisis erschwert.

---

16. Schmitz, Warenpreise, Tafel des Anhanges.
17. Biedermann, die Stat. der Edelmetalle S. 15.

Die Geldentwertung verteuerte die Lebenshaltung und machte, dass die Leute mit einem festen Einkommen, wie Rentner, Beamte u. dgl. ihre Lebenshaltung vereinfachen mussten. Nichts ist bekanntlich aber so schwer wie das, und so ist es zu verstehen, wie die von diesem Zwang betroffenen alles taten, um sich ihm zu entziehen. Unter dem Druck materieller Not gaben sie ihr Geld an Unternehmer, die hohen Zins versprachen, auch wenn die Sicherheit der Anlage viel zu wünschen übrig liess. Andererseits liess sich mancher durch die Not vom rechten Wege abbringen und lebte vom Betrug, der zwei Jahre lang ein gutes Gewerbe war. Die Geldentwertung brachte das Publikum zum Suchen nach lohnenden Anlagen, brachte andere zu betrügerischen oder doch halsbrecherischen Unternehmungen, die sich als lohnende Anlagen hinstellten. Spekulationsmut und Betrügertum sind zu einem nicht geringen Teil von der Geldentwertung geschaffen.

Andererseits hat sie dazu beigetragen, die Industrie zu vermehren; die hohen Preise der Produkte machten die Produktion sehr lohnend, die allerdings eingestellt werden musste, als der Preis der Produkte so sank, dass sie nicht mehr lohnend war.

Die Warenverbilligung hat manche Produktionen zu nicht mehr lohnenden gemacht und verschärfte so die Krise. Die aufgehäuften Produkte der Spekulationszeit wurden durch sie immer unverkäuflicher. Die Verringerung der Grundrente, die sie zur Folge hatte, verhinderte die Neubildung des in der Krisis zerstörten Kapitals.

Wir sind am Schlusse unserer Untersuchung angelangt und haben gezeigt, wie wir die Wirtschaftskrisis von 1873 auffassen.

Einmal müssen wir sie als eine der häufigen periodischen Unterbrechungen der wirtschaftlichen Entwicklung ver-

stehen, zweitens haben wir sie als eine Kinderkrankheit unserer Volkswirtschaft zu betrachten, die ihren Uebergang in das kapitalistische Lebensalter, der wohl etwas zu schnell sich vollzog, begleitete.

Drittens war sie ein Unglück, das durch besondere Ursachen herbeigeführt wurde, durch Irrtümer der Gesetzgebung und der Verwaltung oder durch ein zufälliges Ereignis, wie die Entdeckung des Goldes.

Dürfen wir für die Zukunft sicher sein vor der Wiederholung des Unglücks? Die Fehler in der Gesetzgebung sind abstellbar, wenn auch Irrtümer nie ganz zu vermeiden sind. Die Kinderkrankheiten hat unsere Wirtschaft auch bereits überstanden. Die Furcht vor periodischen Krisen aber wird nie ganz erlöschen dürfen. Doch die Aussicht auf solche können wir uns verringern, durch teilweise Regelung der Produktion in Kartellen und durch Schaffung eines breiten, starken Konsumentenstandes, durch sozialpolitische und wirtschaftliche Massnahmen, wie wir oben ausführten. Bis das Ideal einer krisensicheren Volkswirtschaft auch nur annähernd erreicht ist, kann es noch lange dauern. Es wird dazu noch der Arbeit bedürfen. Diese aber können guten Mutes sich der grossen schweren Arbeit widmen und sich mit dem Dichterwort ermutigen, das das Motto unserer Arbeit ist:

Verbunden werden auch die Schwachen mächtig.

Beilagen.

Beilage I (zu Seite 75).

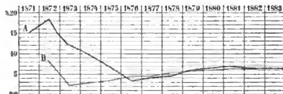
Die **Bewegung der Durchschnittsdividenden** zweier Gruppen von Banken 1871—83.

Gruppe A.

1. Bank des Berliner Kassenvereins	gegründet	1850
2. Bank für Handel und Industrie	„	1853
3. Berliner Bandelsgesellschaft	„	1856
4. Direktion der Diskontogesellschaft	„	1856
5. Mitteldeutsche Kreditbank	„	1856
6. Schaffhausenscher Bankverein	„	1848.

Gruppe B.

1. Aachener Diskontobank	gegründet	1872
2. Bärgisch-Märkische Bank	„	1871
3. Braunschweiger Creditanstalt	„	1871
4. Breslauer Diskontobank	„	1870
5. Breslauer Wechselbank	„	1871
6. Hamburger Commerz- u. Diskontobank	„	1870
7. Essener Creditanstalt	„	1872
8. Deutsche Bank	„	1870.



Beilage II.

Vorbemerkung: Die Zahlen für die Jahre 1870 und 1880 und die etwas unglückliche Rubrizierung der Börsenpapiere sind entnommen

Sombart, Deutsche Volkswirtschaft im 19. Jahrhundert S. 563. Die anderen Zahlen entstammen dem amtlichen Kurszettel.

Der Berliner Effektenmarkt.

	Anzahl der Worte, amtlich notiert im Berl. Kurszettel am			
	31. XII. 1870	31. VII. 1873	31. XII. 1874	31. XII. 1880
1. Wechsel	20	15	15	15
2. Gold, Silber, Banknoten	13	16	19	11
3. Deutsche Fonds und Staatspapiere und Pfandbriefe der Landschaften	64	65	63	114
4. Ausländische Fonds und Staatspapiere und Pfandbriefe der Hypothekenbanken	35	56	67	89
5. Eisenbahn-Stamm u. Stamm-Prir.-Aktien:				
a) einheimische	42	57	58	45
b) ausländische	13	35	37	34
6. Eisenbahn-Obligationen:				
a) einheimische	82	101	106	127
b) ausländische	38	76	81	88
7. Bank-Aktien	43	75	78	98
8. Industrie-Aktien [und Obligationen anno 1880]	9	29	32	36 +5 41
	354	525	556	662

Beilage III (zu Seite 83—87).

Max Wirths Uebersicht über die in Preussen-Norddeutschland 1871—1873 gegründeten Aktiengesellschaften.
(Geschichte der Handelskrisen, zweite Auflage S. 473ff.)

Es wurden gegründet 1871 in Norddeutschland:

	Zahl	Capital in Mill. Thaler
1. Banken	58	175,1
2. Baugesellschaften	13	27,4
3. Bergwerke	26	21,8
4. Bierbrauereien	34	10,7
5. Cement Fabriken	6	6,6
6. Chemische Fabriken	10	3,6
7. Dampfschifffahrts-Gesellschaften	3	1,8
8. Eisenbahn-Gesellschaften	8	76,4
9. Eisenbahnmaterialfabriken	9	6,8

		Zahl	Capital in Mill. Thaler
10.	Maschinenbauanstalten	20	19,5
11.	Papierfabriken	13	4,3
12.	Spinnereien und Verwandtes	10	7,1
13.	Versicherungsgesellschaften	5	2,5
14.	Wasser- und Gasanlagen	6	2,2
15.	Zuckerfabriken	11	2,6
16.	Diverse industrielle Gesellschaften	19	12,4
17.	„ kommerzielle Gesellschaften	6	5,3
18.	Verschiedenes	8	4,4
		265	390,7

Es wurden gegründet 1872 in Preussen:

		Zahl	Capital in Mill. Thaler
1.	Banken	49	115,2
2.	Baugesellschaften	61	75,8
3.	Berg- und Hüttenwerke	65	65,4
4.	Brauereien und Malzfabriken	30	10,9
5.	Cement und ähnliche Fabriken	22	7,0
6.	Chemische Fabriken	16	8,7
7.	Eisenbahn- Gesellschaffen	12	89,7
8.	Eisenbahnmaterial- Gesellschaffen	6	5,5
9.	Gas-, Wasser- und Heizungsanlagen	13	16,7
10.	Glashütten	5	1,9
11.	Maschinenfabriken	32	16,7
12.	Verschiedene Zweige der Metallindustrie	12	7,0
13.	Mühlengesellschaften	12	2,0
14.	Papier- Fabriken	8	3,1
15.	Spiritus- Fabriken	3	1,6
16.	Textilgesellschaften	10	7,2
17.	Tabaks- Fabriken	2	1,0
18.	Tuch- Fabriken	9	4,6
19.	Versicherungsgesellschaften	10	9,1
20.	Ges. für Zeitungsverlag und Druckerei	12	1,6
21.	Zuckerfabriken	20	7,6
22.	Diverse industrielle Gesellschaften	24	12,9
23.	„ kommerzielle Gesellschaften	18	25,3
24.	Ges. für Förderung des Verkehrs	10	2,9
25.	„ für verschiedene gesellschaftl. Zwecke	33	8,1
		494	507,7

Es wurden gegründet im I. Semester 1873 in Preussen:

	Zahl	Capital in Mill. Thaler
1. Banken	23	31,4
2. Bergwerksgesellschaften	45	77,3
3. Baugesellschaften	22	16,6
4. Ziegeleien	10	2,7
5. Brauereien	8	1,8
6. Zuckerfabriken	4	0,7
7. Papierfabriken	2	0,1
8. Eisen- und Drahtindustrie-Gesellschaften	6	4,4
9. Tuch- und Kattunfabriken, Webereien	8	2,5
10. Chemische Fabriken	4	1,7
11. Glashütten	4	2,3
12. Maschinen- und Waggonfabriken	12	8,1
13. Diverse Gesellschaften	45	15,0
14. Eisenbahnen	2	1,9
	196	165,9.

Beilage IV (zu Seite 87ff.).

Folgende Tabelle haben wir nach den Angaben des Moniteur des intéretsmateriels angefertigt, die wir bei Max Wirth und einem Wochenbericht der Nationalzeitung fanden. Zahlen in Milliarden Franks

Es wurden aufgenommen:

im Jahre	an Staats und Communalanleihen	für Creditinstitute	für Eisenbahnen und Industrie	Zusammen
1871	11,7	3,9		15,6
1872	5,48	1,95	5,20	12,64
1873	4,34	1,75	4,82	10,91
	21,52	17,62		39,15

Beilage V.

Die Abrechnung über die französischen Milliarden.

Einnahmen:

Die Kriegsentschädigung betrug	5 000 000 000 Fr.	
Zinsen	301 191 959 „	
	5 301 191 959 Fr. =	1 413 651 189 Thlr.
Die Pariser Contribution		53 505 865 „
	Gesamtsumme	1 484 663 496 Thlr.
Ab Wert der Elsass-Lothringischen Eisenbahn		86 666 666 „
	rein	1 397 996 830 Thlr.

Ausgaben:

1. Reichsinvalidenfond	187 000 000	Thlr.
2. Kriegsinvalidenpensionen von Bildung des Fonds	16 196 674	„
3. Ersatz von Kriegsschäden und Leistungen	38 800 000	„
4. Entschädigung der Deutschen Reederei	5 600 000	„
5. Umgestaltung und Ausrüstung der Deutschen Festungen	72 000 000	„
6. Dito der Festungen in Elsass-Lothringen	43 280 950	„
7. Erweiterung der Eisenbahnen in Elsass-Lothringen	72 000 000	„
8. Reichskriegsschatz	40 000 000	„
9. Verschiedenes, Hauptquartier, Denkmünzen etc.	43 120 793	„
10. Kosten der Okkupation, französische Gebiete nach 1. Juli 1871	21 815 000	„
11. Mehrkosten der Truppenbesatzung in Elsass-Lothringen	4 581 938	„
12. Erweiterung des Kriegsmarine	31 949 890	„
13. Schiessplatz der Artillerieprüfungskommission	1618 267	„
14. Betriebsfonds von Reichskassen etc.	8 270 000	„
15. Uebernahme von Steuerkrediten der Einzelstaaten durch das Reich	19 792 719	„
16. Reichstagsgebäude	8 000 000	„
17. Beihilfe an die aus Frankreich vertriebnen Deutschen	2 000 000	„
18. Dotationen	4 000 000	„
19. Erwerbung der Radzivilschen Hauses in der Wilhelmstrasse	2 011 328	„
Summe	607 243 446	„
Also bleiben vom ganzen	790 753 384	„
mit Zinsen rund	793 000 000	„
Bayrischer Anteil	90 200 411	„
für die übrigen Staaten bleiben	702 799 589	„
für deren gemeinsame Rechnung, zur Abtragung der Reichsschuld,		
für die Küstenbefestigung etc.	6 119 600	„
an Würtemberg	28 500 870	„
Bleibt für norddeutschen Bund, Baden und Südhessen	668 179 719	„

Für deren gemeinsame Rechnung

Betriebsfonds der Postverwaltung	1 750 000 Thlr.	
Retablissement des Heeres	106 846 810 „	
		108 596 810 „
	Bleiben zur Teilung	559 596 810 „
Norddeutsche Bund	530 116 053 Thlr.	
Baden	20 133 182 „	
Südhessen	9 333 674 „	
		559 596 810 Thlr.

Inhaltsverzeichnis.

E. Ebering G. m. b. H., Berlin NW.

Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien

veröffentlicht

von

Dr. Emil Ebering.

Heft XXXI.

Miete und Polizei. Ihre Kollision bei der Sperrung bezogener Mietwohnungen durch ungerechtfertigte polizeiliche Verfügung und die dadurch bewirkte Unmöglichkeit der Erfüllung des Mietvertrages nach B.G.B. und Preussischem Recht. Eine Studie von Dr. jur. Martin Beradt.

Berlin 1906.

Miete und Polizei.

Ihre Kollision bei der Sperrung bezogener Mietwohnungen durch ungerechtfertigte polizeiliche Verfügung und die dadurch bewirkte Unmöglichkeit der Erfüllung des Mietvertrages nach B.G.B. und Preussischem Recht.

Eine Studie

von

Martin Beradt,
Dr. jur.



BERLIN
Verlag von E. Ebering, G. m. b. H.
1906.

Meinen Eltern.

§ 1.

Einleitendes.

Man kann in den Fortschritten auf dem Gebiet der Wohnungswohlfahrt einen Teil des gewaltigsten Schaffens unserer Zeit sehen.[1] Sie leistet technisch eine ungeheure, im einzelnen gar nicht aufzuführende Arbeit, um den Unglücksfällen vorzubeugen, die aus Unzulänglichkeiten bei der Aufführung von Bauten entstehen müssen — und trifft umfassendste Vorkehrungen in hygienischer Beziehung, weil bei dem fast ständigen natürlichen Austausch, in dem der menschliche Organismus zu den von ihm bewohnten Räumen steht, eine Durchsetzung der Luft mit Krankheits-

1. Gegenwärtig sind wir von den Fragen der Wohnungswohlfahrt noch ganz besonders bewegt. Der „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wohnungsverhältnisse" (veröffentlicht in No. 184, Beilage 1—3 des Deutschen Reichs- und Königlich Preußischen Staatsanzeigers vom 6. August 1904) harrt der Durchberatung durch die gesetzgebenden Versammlungen. Der hochbedeutsame Entwurf fasst die vielfältigen Sonderbestrebungen auf dem Gebiete der Wohnungspflege (es sei nur an die Tätigkeit des „Vereins für Sozialpolitik", des Vereins „Reichswohnungsgesetz" und anderer erinnert) zu einer Einheit zusammen und stellt die Wohnungswohlfahrt auf neue, eigenartige Grundlagen. Er will eine eigene Wohnungsaufsicht schaffen, nicht die Beschaffenheit der Wohnungen allein, sondern auch ihre Benutzungsart sicherstellen, einen Mindestluftraum und eine Mindestbodenfläche jedem Bewohner gewähren usw. Er gesteht ferner, was für den Städtebau überaus wichtig ist, der Bauordnung das Recht zu, die bauliche Ausnutzbarkeit der Grundstücke vor der Festsetzung der Fluchtlinien stufenweise zu regeln, ganze Ortsteile von der Anlage störender Betriebe auszunehmen und gegen verunstaltende Bauten einzuschreiten.

erregern die erheblichsten gesundheitlichen Nachteile für die Bewohner heraufführen muß.

Die Fürsorge hat der Staat der Polizei übertragen.[2] Als dasjenige Organ, welches „zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahren“[3] bestellt ist, erschien sie am ehesten hierzu berufen.[4] Sie leistet die Fürsorge durch Maßnahmen verschiedenster Art, die ihre natürliche Grenze — zunächst — in der Uebergabe des Baus an die Bewohner finden. In den verschiedensten Gegenden haben sich die gleichen Formen der Fürsorge herausgebildet. Meist sind „Abnahmen“ für jeden Neubau vorgesehen.[5] Sie erscheinen als „Projektvisierung“, die mehr vorbereitender Natur ist und straßenpolizeiliche und nachbarliche Interessen wahrt, als „Rohbauabnahme“, die vorwiegend sicherungstechnischen Untersuchungen dient, und als „Gebrauchsabnahme“,[6]

2. Gesetz über die Polizeiverwaltung, vom 11. März 1850, § 6f und g.

3. A. L. R. § 10 II. 17.

4. Der Entwurf überträgt die Wohnungsaufsicht dem Gemeindevorstand und schafft für Gemeinden mit mehr als 100000 Einwohnern eigene Wohnungsämter, die mit beamteten Wohnungsaufsehern besetzt werden sollen. — Heute schon wird die „Wohnungspflege“ nicht von der Polizei, sondern von Bürgern besorgt in Hamburg und Straßburg (vgl. Reincke: Die Beaufsichtigung der vorhandenen Wohnungen in den Neuen Untersuchungen über die Wohnungsfrage Bd. 95 (1901) S. 17 ff., 21 und Derselbe: Die Revision des Hamburgischen Wohnungspflegegesetzes, Zeitschrift für Wohnungswesen, Jahrgang 2 (1903/4) S. 46 ff.). Die Aemter sind hier „Wohnungspflegern“ übertragen.

5. Ein Verzeichnis der in Preußen geltenden, entweder bloß für städtische Ortsbereiche erlassenen oder sich auf ganze Regierungsbezirke beziehenden Bauordnungen geben Schilling und Stübben Die Bauordung, Neue Untersuchungen über die Wohnungsfrage, Bd. 95 (1901) S. 192—193.

6. Vgl. z. B. Baupolizeiordnung für das platte Land der Provinz Brandenburg vom 15. März 1872 §§ 2 (Projektvisierung), 4 (Rohbauabnahme); Baupolizeiordnung für die Städte der Provinz Branden-

die wohnungshygienische Zwecke verfolgt. Häufig wird auch nur eine Verbindung von allen drei Abnahmen als genügend angesehen, um die Bezugsfähigkeit der Räume zu erweisen.[7]

Aber auch diese weitschichtigen Maßnahmen erweisen sich nicht immer als zureichend. Oftmals treten noch n a c h der Gebrauchsübergabe Erscheinungen hervor, die zu gesundheitlichen Bedenken Anlaß geben. Es können dies Mängel sein, die schon bei der Gebrauchsübergabe vorhanden gewesen, aber verborgen geblieben sind, oder Mängel, die erst während der — oftmals langjährigen — Benutzungsdauer entstanden sind. In beiden Fällen wird das öffentliche Interesse erneutes Einschreiten fordern. In beiden Fällen wird es wieder die Polizei sein, die auch mit dem nachträglichen Einschreiten zu betrauen ist. Um zu diesem Vorgehen fähig zu sein, bedarf sie weiter Vollmachten. Sie sind ihr durch A. L. R. II. 17 § 10 in Verbindung mit den §§ 6 f und g des Gesetzes über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 gegeben.[8]

---

burg vom 26. Januar 1872 §§ 6 (Projektvisierung), 8 (Rohbauabnahme) (siehe Held Gesetze und Verordnungen für den Regierungsbezirk Potsdam S. 574 ff.); Baupolizeiordnung der kgl. Regierung zu Frankfurt a./O. vom 10. November 1868 / 18. Februar 1872 §§ 6 (Projektvisierung), 8 (Rohbauabnahme) (siehe Held und Junge Gesetze und Verordnungen für den Regierungsbezirk Frankfurt a./O. S. 565 ff.); Baupolizeiordnung für die Städte des Regierungsbezirks Königsberg vom 31. Mai 1860 nebst Abänderungen und Nachträgen §§ 4/5 (Projektvisierung), 6 (Rohbauabnahme) (siehe Held Gesetze und Verordnungen für den Regierungsbezirk Königsberg i./Pr. S. 581 ff.); auch Polizeiverordnung betr. das Bauwesen in den Städten des Regierungsbezirks Merseburg vom 31. März 1884, § 14 (Schluß (-Gebrauchs)-abnahme), (siehe Amtsblatt der kgl. Regierung zu Merseburg, Beilage zum 15. Stück des Jahrganges 1884).

7. Vgl. statt vieler die eben genannte Polizeiverordnung betr. das Bauwesen in den Städten des Regierungsbezirks Merseburg (a. a. O.).

8. Die Rechtsgrundlagen für das Vorgehen der Polizei gegenüber vorhandenen Wohnungen führt für außerpreußische Rechtsgebiete Reincke a. a. O. Bd. 95 S. 8—10 an.

Aber aus dieser Gewährung umfassender Vollmachten, die ihren Ausdruck in der Befugnis der Polizei zu Verfügungen mit Strafandrohung,[9] zu Verfügungen mit Straffestsetzung und zu zwangsweiser Executive[10], [11] finden, fließt die Gefahr, daß die Polizei, über den Rahmen der wirklich erforderlichen Beschränkungen hinaus, Verfügungen erläßt,

---

9. Ein Muster solcher Verfügungen druckt Landsberger Die Wohnungsinspektion in der Stadt Posen, Deutsche Vierteljahrsschrift für öffentliche Gesundheitspflege Bd. 29 (1897) S. 466 ab. Danach hat das Formular, das dort dem Hausbesitzer zuzugehen pflegt, folgenden Wortlaut:

„Auf Ihrem Grundstücke . . . . No. . . . befinde . . sich „Wohnung . . . die von . . . . . . bewohnt werden. Diese Raum . . „sind wegen . . . . zum dauernden Aufenthalt von „Menschen ungeeignet. Sie werden daher hierdurch ergebenst „ersucht, die vorbezeichnete . . Wohnung . . bei Vermeidung „einer Executivstrafe von . . . Mark binnen . . . Wochen räumen „zu lassen.

„Die Wiederbenutzung diese . . Raum . . zu Wohnzwecken wird „hierdurch unter Androhung einer Executivstrafe von . . . Mark „für den Zuwiderhandlungsfall verboten.“

Das Formular, das der Mieter erhält (vgl. unten S. 83/84 Anm. 50), hat folgende Fassung:

„D . . von Ihnen im Grundstück . . . . No. . . bewohnte . . „Raum . . sind wegen . . . . zum dauernden Aufenthalt von Menschen ungeeignet. Sie werden daher hierdurch „aufgefordert, die bezeichnete Wohnung bis zum . . . aufzugeben, „widrigenfalls Ihre zwangsweise Entfernung aus derselben erfolgen „muß.“

10. Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11./III. 1850 § 20 Abs. 2 u. 3.

11. Diese Exekutive liegt in der zwangsweisen Räumung der Wohnung. Es entzieht sich der statistischen Feststellung, wie oft, im letzten Jahrzehnt etwa, die Polizei dieses Zwangsmittel angewandt hat. Nur vereinzelte Feststellungen finden sich; auch diese sind nirgends zusammengestellt, sondern in den verschiedensten Schriften verstreut. Lehrreich ist die von Oberbürgermeister Gaßner (Mainz) bei der 23. Versammlung des Deutschen Vereins für öffentliche Gesundheitspflege mitgeteilte Tafel (Deutsche Vierteljahrsschrift für öffentliche Gesundheitspflege Bd. 31 (1899) S. 242/245. — v. Kalck-

die als unberechtigt[12] bezeichnet werden müssen. Das Unrecht kann dabei in dem Mangel tatsächlicher Unterlagen bestehen oder in der Ueberschreitung der gesetzlich gewährten Vollmachten liegen. Es kann — auf der subjektiven Seite — seinen Grund in vorsätzlich rechtswidrigem Handeln des Beamten haben, kann auf seine Fahrlässigkeit zurückzuführen sein, und endlich auf entschuldbarem Irrtum, den er beging, beruhen. Immer jedoch pflegt solches Unrecht

---

stein (Leistungen der Wohnungsinspektion in deutschen Städten, Zeitschrift für Wohnungswesen Jahrgang II (1903/1904) S. 256/260) gibt eine Zusammenstellung der zwangsweise geschlossenen Wohnungen in den Städten Hamburg, Darmstadt, Worms, Leipzig, Straßburg, Lübeck, Stuttgart, Offenbach, Heidelberg, Essen, München-Gladbach, Barmen und Duisburg. Seine Berechnungen umfassen das Jahrfünft von 1899—1903. Er berichtet von insgesamt 1507 Wohnungssperrungen. — In Posen sind von 1892—1897 200 Wohnungen nach Landsberger a. a. O. S. 457 (zwangsweise) geräumt worden (vgl. auch Reincke a. a. O. Bd. 95 (1901) S. 26 und das Referat von C. F. Fuchs über die Wohnungsfrage in den Schriften des Vereins für Sozialpolitik Bd. 98 S. 31). — In Straßburg wurden von 1898 bis März 1903 bei 3289 überhaupt vorgefundenen Mißständen in 227 Fällen Räumungen von Wohnungen und Zimmern erforderlich (Zeitschrift für Wohnungswesen, Jahrgang I (1902/3) S. 296). — In dreiviertel Jahren, vom 15. April bis 31. Dezember 1899, wurden in Hamburg achtzehnmal einzelne Teile einer Wohnung, vierzehnmal ganze Wohnungen geschlossen (Reincke a. a. O. Bd. 95 (1901) S. 23 ff.). — In Magdeburg erfolgte die zwangsweise Räumung von Wohnungen „in solchem Umfange, daß nach der Mitteilung der Stadtverwaltung es sich nicht verkennen läßt, daß die neuerdings hervorgetretene Obdachlosigkeit durch Wohnungsschließungen mit hervorgerufen bezw. erhöht worden ist“ (Frh. v. d. Goltz Die Wohnungsinspektion und ihre Ausgestaltung durch das Reich S. 29). — Und in der Begründung des Wohnungsgesetzentwurfs heißt es, daß „nach dem Bericht des Regierungs- und Gewerberats zu Frankfurt a./O. für das Jahr 1902 in einer Stadt des Regierungsbezirks 15 Proz. der besichtigten Wohnungen der minderbemittelten Bevölkerungskreise polizeilich geschlossen werden mußten.“

12. Zweigert (Die Beaufsichtigung der vorhandenen Wohnungen, Neue Untersuchungen über die Wohnungsfrage, Bd. 95 (1901) S. 91)

Schäden für die Beteiligten im Gefolge zu haben. Häufig von schwerer Art. Wird doch durch die Sperrung von Wohnungen, in der der polizeiliche Zwang allerdings (außer dem Abbruch) am schärfsten hervortritt, in die unmittelbarsten und feinsten Lebensbeziehungen der Bewohner eingegriffen! Rechtlich ist es fast durchgängig[13] das Beziehungsverhältnis von Mieter und Vermieter, das durch die unberechtigte polizeiliche Verfügung Erschütterungen erleidet. Bei Mieter wie Vermieter wird dadurch das Bestreben rege, den Schaden, den sie erleiden, ausgeglichen zu erhalten. Ueber den Umfang, in dem ihnen Ansprüche zustehen, über die Personen, gegen die sie geltend zu machen, und den Weg, auf dem sie durchzufechten sind, bestehen Zweifel.

Die folgende Untersuchung — die trotz des Hinüberstreifens auf Gebiete des öffentlichen Rechts eine zivilistische Studie sein will — wird versuchen, die für Mieter und Vermieter aus einer unberechtigten Sperrung der Wohnung fließenden Ansprüche zu begründen und zu begrenzen. Nur

---

erklärt allerdings von Essen: „Auffälligerweise ist in keinem einzigen Falle eine Beschwerde an die vorgesetzte Dienstbehörde oder eine Klage im Verwaltungsstreitverfahren eingelegt worden, sondern die Hausbesitzer haben stets die gegen sie erlassene polizeiliche Zwangsverfügung rechtskräftig werden lassen." Er ist aber unbefangen genug, hinzuzufügen: „Es muß aber hierbei bedacht werden, daß in diesem Falle die Wohnungsinspektion hier von einem im Hauptamt als solchem tätigen Wohnungsinspektor stattfand. Wo die niederen Polizeiorgane dagegen mit der Ausführung der Wohnungsfürsorge betraut sind, kann man auf ein auch nur annähernd so günstiges Resultat nicht rechnen."

13. Nach Mangold (Untersuchung über die Wohnungsfrage in der deutschen Schweiz, Neue Untersuchungen über die Wohnungsfrage Bd. 97 (1901) S. 9, 25, 29) waren von den während der Berichtszeit untersuchten Wohnungen in Basel 18,5 Proz. Eigentümerwohnungen, 1,8 Proz. Dienst- und Freiwohnungen, 79,7 Proz. Mietwohnungen; in Luzern 16 Proz. Eigentümerwohnungen, 84 Proz. Mietwohnungen; in Bern 14 Proz. Eigentümerwohnungen, 3,1 Proz. Freiwohnungen, 82,9 Proz. Mietwohnungen.

die polizeiliche Rüge angeblicher, nachträglich entstandener Mängel wird dabei berücksichtigt werden. Nur des Falls, daß die Wohnung von dem Mieter bereits bezogen ist, wird gedacht werden. Immer wird das Mietverhältnis der Eckpunkt sein, von dem aus sich die folgenden Erörterungen über die Folgen der Sperrung von Wohnungen durch ungerechtfertigte polizeiliche Verfügung verbreiten werden.

Durchweg wird das preußische Rechtsgebiet der Betrachtung zu Grunde gelegt.

§ 2.
Verbotene und unmögliche Leistung.

Ehe wir in den Gang der Untersuchung eintreten können, verlangt eine Frage vorgängige Erörterung, die für die Untersuchungsfolge und ihren Aufbau überaus wichtig ist. Sie will den Einfluß bestimmen, den die polizeiliche Verfügung auf die Erfüllung des zwischen Mieter und Vermieter bestehenden Vertrages hat. Wird durch die Verfügung die Erfüllung des Vertrages unmöglich? Die Bejahung der Frage würde die weitere nach der Gestalt dieser Unmöglichkeit nach sich ziehn.

Die Antwort ist leicht gegeben. Es ist unverkennbar, daß die polizeiliche Verfügung, die dem Mieter die weitere Benutzung der Wohnung untersagt, die Natur eines Verbotes hat, das eine weitere Erfüllung des zwischen Mieter und Vermieter bestehenden Vertrages zur Unmöglichkeit macht. Man kann dem nicht mit dem Einwand begegnen, daß verbotene und unmögliche Leistung begrifflich streng zu trennen seien[14] und daß damit, daß eine Leistung ver-

14. Vgl. Wilhelm Biermann Archiv für zivilistische Praxis Bd. 91 S. 76 ff.; Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung usw. S. 8 ff; Titze Die Unmöglichkeit der Leistung S. 13.

boten, noch nicht erwiesen, daß sie unmöglich ist. Denn dieser Einwand ist nur berechtigt, soweit der Abschluß von Rechtsgeschäften in Frage steht. Hier unterscheidet das Gesetz Erfüllungsverbot und Erfüllungsunmöglichkeit.[15] Und auch da ist nicht sicher, ob die gesetzliche Abtrennung des Erfüllungsverbots von der Erfüllungsunmöglichkeit auch auf behördliche Verbote zu erstrecken ist, oder nur für „gesetzliche Verbote" gilt, wie das Gesetz nach seinem Wortlaut zu meinen scheint. Bei bereits wirksam entstandenen Rechtsgeschäften dagegen, bei denen erst nachträglich die in obligatorischer Verstrickung befindliche Leistung von Verboten ergriffen wird, sind verbotene und unmögliche Leistung keinesfalls Gegensätze. Die verbotene Leistung wird hier eine unmögliche. Das Erfüllungsverbot zieht die Erfüllungsunmöglichkeit nach sich.

Auch durch den Einwand kann man die Annahme der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung nicht entkräften, daß man die durch polizeiliche Verfügung geschaffene Zwangslage als ein in der Person des Mieters belegenes Annahmehindernis anspricht, auf das die Unmöglichkeitslehren nicht anzuwenden seien, da diese lediglich für die Unmöglichkeit der Bewirkung der Leistung, nicht für die Unmöglichkeit ihrer Annahme gegeben sind. Man wird zwar zugeben müssen, daß zugunsten dieses Einwurfs, der die Rechtslage verschiebt, indem er das Aussetzen des weiteren Leistungsvollzugs nicht auf den Vermieter, sondern auf den Mieter zurückführt, der erfahrungsgemäße äußere Hergang spricht. Denn dem Mieter pflegt die die Räumung heischende Verfügung zuzugehen. Ihm wird die weitere Benutzung der Wohnung untersagt; ihm die Annahme der Leistung verboten. Aber dieser Hergang vermag die recht-

15. Vgl. §§ 307—309 und 2171 B.G.B. — Die Frage wäre im übrigen rein theoretisch. Denn das Gesetz weist selbst den Weg der Erstreckung der Unmöglichkeitslehren auf Vertragsverhältnisse, bei denen die vertragliche Leistung von Verboten ergriffen wird.

liche Gestaltung nicht zu beeinflussen. Die Verwaltungsgesichtspunkte, die dieses Vorgehen bestimmen,[16] vermögen nicht auf die zivilistische Formung der Rechtsverhältnisse hinüberzugreifen. Ein Zwang, die Rechtslage als Annahmehindernis aufzufassen, entfließt ihnen nicht. Solcher Auffassung würde auch die Erwägung widersprechen, daß nicht persönliche Eigenschaften des Mieters Anlaß zu dem obrigkeitlichen Einschreiten gegeben haben. Ganz allgemein will vielmehr die polizeiliche Verfügung die Wohnung in ihrem gegenwärtigen Zustand als zu menschlichem Gebrauche ungeeignet bezeichnen. Nicht allein der von der Verfügung betroffene Mieter soll an der Fortbenutzung gehindert, sondern jedem ihr fernerer Gebrauch bis zur Abstellung der angeblichen Mängel unmöglich gemacht werden. Die unterbleibende Leistung erweist sich somit von selbst als unmöglich.

Vielleicht mag man noch, wenn man auch das Hinüberspielen der Vertragsstockung auf die Seite des Mieters nicht billigt, die Aussetzung der Erfüllung nicht auf eine Unmöglichkeit der Leistung, sondern auf ein Erfüllungshindernis zurückführen wollen. Dieser Versuch wäre zurückzuweisen. Denn die einzig mögliche Begründung solcher Annahme vermag in keiner Weise für sich einzunehmen. Daß die Weiterbenutzung der beanstandeten Räume durch Uebertretung der polizeilichen Verfügung durchzusetzen wäre, vermag der Rechtslage nicht die Natur der Erfüllungsunmöglichkeit zu nehmen. Denn einmal würde die Benutzung nur mit unverhältnismäßigen Mitteln zu erreichen sein — man würde durch Uebertretung der Verfügung in polizeiliche Strafen verfallen, die zu dem Benutzungswert außer Verhältnis stehen werden.[17] Dann aber

---

16. Vgl. unten S. 50.

17. Wenn auch die Strafbefugnisse der Polizei beschränkt sind! Ueber das Höchstmaß der von ihr verhängbaren Strafen und ihre Abstufung nach der hierarchischen Stellung der androhenden Behörde

würde auch nach Lage der Sache die Benutzungsdauer nur eine kurze sein können. Denn wenn die Zwangsmittel der Strafen erschöpft sind, kann polizeiliche Zwangsgewalt folgen und zur obrigkeitlichen Räumung der Wohnung führen. Außerdem aber stellt ein Nichtbefolgen polizeilicher Vorschriften eine Auflehnung gegen die Obrigkeit dar, die zwar — als passiver Widerstand[18] — nicht dem Strafgesetzbuch § 113 unterfällt, wohl aber ein unrechtmäßiges Handeln ist. Dem Gläubiger die Leistung aber nur in einer Gestalt anbieten können, in der die Annahme Auflehnung gegen staatliche Gewalt bedeutet, heißt für den Schuldner Unmöglichkeit der Erfüllung.[19]

Vollends kann unsere Annahme der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung der Hinweis nicht widerlegen, daß durch Einlegung von Rechtsmitteln die Unmöglichkeit hebbar ist. Denn dieser Gedanke vermag nicht die Annahme der Unmöglichkeit selbst zu erschüttern, sondern nur ihre Natur als dauernde oder vorübergehende zu treffen. Diese Individualisierung der Unmöglichkeit nach der Dauer ihres Auftretens aber ist, nach dem wir uns einmal zu der Annahme der Unmöglichkeit bekannt haben, ebenso wie die Bestimmung der Unmöglichkeitsform überhaupt, für uns un-

---

vgl. A. L. V. G. vom 30. Juli 1883, § 132, Abs. 2, Ziffer 2. Dem dort ausgesprochenen Erfordernis einer vorherigen schriftlichen Androhung — vgl. dazu Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 2. Dezember 1896, Bd. XXXI S. 429 — pflegt die die Räumung aufgebende Verfügung durch Vordruck zu genügen, wie in ihr auch die durch § 132, Abs. 2, Ziffer 2, am Schluß vorgeschriebene Frist, innerhalb der die Ausführung der Räumung geschehen muß, formularmäßig angegeben zu sein pflegt. Vgl. oben S. 10 Anm. 9. — Allerdings fällt die Möglichkeit zur Verhängung von Executivstrafen fort, wenn durch Polizeiverordnung kriminelle Strafe vorgesehen ist; vgl. O. V. G. V. S. 278. Ueber die beträchtlichen Nachteile, die daraus erwachsen, vgl. Zweigert a. a. O. S. 79/80.

18. v. Liszt Lehrbuch des Deutschen Strafrechts S. 545.

19. Vgl. Schulzenstein D. I. Z. Jahrgang IV S. 433.

umgänglich. Der Gegensatz von dauernder und vorübergehender Unmöglichkeit ist dabei nur einer aus der Fülle von Gegensätzen, welche den verschiedenen Erscheinungsformen der Unmöglichkeit ihre Eigenart geben. Wie die Dauer kann der Umfang der Unmöglichkeit verschieden sein. Sie ist bald eine subjektive, bald eine objektive. Sie kann von vornherein bestehen oder nachträglich eintreten. Sie kann von einem und kann von keinem Vertragsteile zu vertreten sein. Die Untersuchung des zu betrachtenden Tatbestandes muß sich auf all diese Arten der Unmöglichkeit erstrecken, wenn wir den Unmöglichkeitsbegriff bei der Beurteilung der rechtlichen Lagerung der Verhältnisse ausgiebig verwerten wollen. Diese Untersuchung wird sich als leicht, die Unmöglichkeitsform als unschwer erkennbar erweisen. Wird doch die Untersuchung dadurch vereinfacht, daß die Frage, von wem die Unmöglichkeit zu vertreten ist, dieses Ortes ausgeschieden werden kann. Bei jeder Seite, von der der Tatbestand des weiteren zu beleuchten ist, wird näher auf sie einzugehen sein.

§ 3.
Die vorliegende Form der Unmöglichkeit.

1. Für die Erkenntnis der Unmöglichkeitsform ist die in der Ueberschrift gegebene Begrenzung unserer Arbeit von Bedeutung. Sie weist auf die Natur dieser Unmöglichkeit als einer *nachträglichen* hin. Die Wohnung ist bereits vermietet und — wie durchgängig angenommen wird, um den Rahmen der Arbeit nicht zu weit zu spannen — auch bereits bezogen, als der Räumungsbefehl ergeht. Die Form der „nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden", nachträglichen Unmöglichkeit[20] ist damit er-

20. Ueber die Begriffe der ursprünglichen und nachträglichen Unmöglichkeit vgl., dogmatisch eindringend, Titze a. a. O. S. 52 ff., S. 237 ff., der die Unterscheidung als de lege ferenda entbehrlich beweist.

sichtlich. Daß der Tatbestand der §§ 323 ff. B. G. B. und nicht der des der §§ 306/308 B. G. B. damit erfüllt wird, bedarf keines ferneren Wortes.

2. Damit wird es aber zugleich bei der eigenartigen Regelung, die das Gesetz der nachträglichen Unmöglichkeit angedeihen läßt, unbeträchtlich, ob die vorliegende Unmöglichkeit als objektive oder subjektive bestimmt wird. Denn ob durch die polizeiliche Verfügung die Gewährung des Gebrauches der Wohnung einem jeden unmöglich würde oder nur das Vermögen des Schuldners übersteigt, immer führt § 275 B. G. B. zu demselben Ergebnis,[21] indem er die Gleichung aufstellt:

„Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich."

Daß im vorliegenden Falle objektive Unmöglichkeit vorliegt, ist dennoch, wenn auch nebensächlich, so doch unbestreitbar.

3. Der die Sperrung der Wohnung verfügende Beamte ist nur Glied eines reich gegliederten Organismus. Die von ihm erlassene Verfügung kann von vorgesetzten oder übergeordneten Organen zurückgenommen oder aufgehoben werden. Damit würde die durch die Verfügung erzeugte Unmöglichkeit wieder gehoben werden. Diese Möglichkeit ist keine bloß ersonnene. Häufig genug werden polizeiliche Maßnahmen auf Beschwerde wieder aufgehoben oder von selbst zurückgezogen, wobei die Aufhebung oder Rücknahme oft das Werk weniger Tage ist. Denn die einschneidende Bedeutung, die solchen polizeilichen Maßnahmen für die unmittelbarsten menschlichen Lebensbeziehungen zukommt,

---

21. Kipp bei Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts II S. 307, Oertmann Recht der Schuldverhältnisse, Bemerkung zu S. 323 sub 4, Schollmeyer das Recht der Schuldverhältnisse S. 196 sub 1, Planck Kommentar II, S. 53 sub 1, Kleineidam Unmöglichkeit und Unvermögen S. 123, Titze a. a. O. S. 164 Anm. 2.

gibt einer gegen sie erhobenen Beschwerde immer den Charakter der Dringlichkeit. Kann man nun, wenn die polizeiliche Verfügung kurzer Hand wieder aufgehoben oder zurückgenommen wird, noch von einer Erfüllungsunmöglichkeit sprechen, auf die die Unmöglichkeitslehren Anwendung finden?[22]

Die Antwort wäre selbstverständlich, wenn man sich zu den überkommenen Begriffen der dauernden und vorübergehenden Unmöglichkeit bekennen würde. Während der Zeitspanne, in welcher die polizeiliche Verfügung in Geltung steht, würde dann eine Unmöglichkeit der Erfüllung vorliegen. Nach der Rücknahme und Mißbilligung[23] der Verfügung würde die Unmöglichkeit nicht mehr bestehen.

Aber einer sorgsamen Prüfung halten die Begriffe der vorübergehenden und dauernden Unmöglichkeit nicht stand. Immer wieder kehrt bei den Schriftstellern der Unmöglichkeitslehre[24] der Versuch wieder, beide Formen der Unmöglichkeit auf eine einheitliche Form zurückzuführen. Die Beweisführung ist dabei durchaus logisch. Kann Erfüllung des Vertrages, heißt es, nach dem Vertragszweck nicht mehr nachträglich stattfinden, so liegt Unmöglichkeit auch dann vor, wenn die vertraglich bedungene Leistung an sich später bewirkt werden könnte. Kann umgekehrt der Vertrag nach dem Vertragszweck auch noch nachträglich erfüllt werden, so besteht eine Unmöglichkeit nur, wenn die Leistung überhaupt nicht oder zwar später, aber erst nach Ablauf eines Zeitraumes bewirkt werden kann, nach dessen Verstreichen eine nachträgliche Leistung ohne Wert für den Leistungsgläubiger ist. Wird dagegen die Leistung innerhalb dieser Frist, wenn auch nachträglich, bewirkt, so liegt nicht Unmöglichkeit — auch keine vorübergehende —

---

22. Für die Bejahung Schultzenstein a. a. O. S. 433.

23. Vgl. unten § 17.

24. Besonders Kisch a. a. O. S. 19, der aber den Versuch nicht durchführt.

vor. Nur von einem Erfüllungshindernis kann gesprochen werden,[25] das vorübergehend bestanden hat.

Für obligatorische Verhältnisse, die sich — wie die Miete — nicht in einmaliger Leistung erschöpfen, sondern zu dauernden Leistungen verpflichten, wird dieser innerlichen Ueberwindung der Gegensätze von dauernder und vorübergehender Unmöglichkeit jedenfalls zuzustimmen sein.

Auf welche Weise die Leistung nach dem ursprünglich für die Vertragserfüllung bestimmten Zeitpunkt wieder möglich wird, ist dabei unerheblich. Es ist gleichgiltig, ob ihr nachträglicher Vollzug nur durch besonderes Zusammentreffen von Umständen erreichbar oder ob, nachdem die eigentliche Zeit der Fälligkeit versäumt, die Leistung mühelos bewirkbar wird. Entscheidend ist lediglich, ob — nachträgliche Möglichkeit der Vertragserfüllung vorausgesetzt — die Leistung tatsächlich nachträglich bewirkt wird. Aus dem nachträglichen Vollzug oder Nichtvollzug der Leistung wird auf die Möglichkeit dieses Vollzugs geschlossen. Die durch bloßen Zufall nachträglich bewirkbar gewordene Leistung gilt, wenn sie bewirkt ist, als von vornherein zu bewirken möglich; die trotz der Leichtigkeit des Vollzugs nachträglich nicht bewirkte Leistung gilt, obwohl sie bewirkbar geworden ist, als von vorneherein unmöglich.[26]

---

25. Vgl. Kipp a. a. O. I S. 334; anders Titze a. a. O. S. 35, der bis zur Hebung der Unmöglichkeit „eine teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit" annehmen will. Auf das Unzweckmäßige dieser Ansicht kann in diesem Zusammenhange nicht näher eingegangen werden.

26. Man kann diese Betrachtungsweise die der „nachträglichen Prognose" nennen, die Beurteilung der Möglichkeit und Unmöglichkeit nach dem späteren Geschehen. Diese Art, zu betrachten, ist keine Spielerei. Man entgeht durch sie der, prophetische Kräfte heischenden, Unterscheidung von „wahrscheinlicher" und „unwahrscheinlicher" Hebung der Unmöglichkeit (v. Savigny System III, S. 167). Auch der Gegenüberstellung von „kontinuierlicher" und „nichtkontinuierlicher" Unmöglichkeit, wie sie Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I,

Die Anwendung dieser Sätze auf unseren Tatbestand ergibt: Behält weitere Erfüllung des Vertrages für den Mieter Wert und wird die polizeiliche Verfügung (auf oder

S. 147 und 292 im Anschluß an Quellenstellen versucht (vergl. auch Windscheid Lehrbuch I S. 360 sub 2 u. Anm. 2 und Planck a. a. O. S. 53 sub 2), kann man auf diese Weise entraten. Nicht die Erfahrung des Lebens, die sich im besten Falle doch höchstens zu einem Urteil über das Maß von Wahrscheinlichkeit der Hebung der Unmöglichkeit verdichten könnte, sondern die Gestaltung des Verlaufs im Einzelfalle entscheidet. Der gewöhnliche Verlauf ist gleichgültig.

Der Ausdruck „nachträgliche Prognose" rührt von v. Liszt her, der ihn im Strafrecht (Lehrbuch S. 191) verwendet. Er ist unseres Erachtens auch auf den Gebieten des Bürgerlichen Rechts mit Erfolg verwendbar. Vgl. im übrigen Kisch a. a. O. S. 22/23, Anm. 9, der sich ebenfalls gegen Mommsen wendet, und Titze a. a. O. S. 37, der — aus anderen Gründen aber — zu dem gleichen Ergebnis kommt. — Die hier vertretene Auffassung kann in diesem Zusammenhange, wo es sich nur um Stoffabgrenzung handelt, nur angedeutet werden; nur darauf sei noch hingewiesen, daß auch in der Frage nach dem Vertretenmüssen der Leistungsunmöglichkeit durch den Leistungsschuldner die dargelegte Auffassung — anscheinend — weiter führt als die von Savigny und Mommsen vertretene. Denn auch in der Nichtbewirkung einer auf ungewöhnliche Weise bewirkbaren Leistung kann ein schuldhaftes Handeln des Leistungsschuldners liegen, was die gegnerischen Ansichten niemals anzunehmen vermöchten.

Die unverlierbare Grenze zwischen der von dem Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit und dem Verzuge verwischt sich durch unsere Auffassung nicht. Allerdings wurde im gemeinen Recht die verschuldete vorübergehende Unmöglichkeit als Verzug behandelt, und auch dem B.G.B. gegenüber wird diese Ansicht noch vereinzelt vertreten (vgl. Schöller Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung usw. Gruchot Bd. 46, S. 2, Anm. 1). Dennoch ist sie abzulehnen. Bei der vom Leistungsschuldner zu vertretenden Unmöglichkeit ist die Leistung zur Erfüllungszeit unmöglich. Beim Verzuge dagegen ist die Leistung zur Erfüllungszeit möglich! Das den Schuldner bei der von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit Belastende liegt darin, daß er die Leistung nicht möglich machte oder daß er sie unmöglich machte. Die Schuld liegt offenbar vor der Erfüllungszeit. Beim Verzuge dagegen besteht das den Schuldner Belastende darin, daß er die ihm mögliche Leistung nicht bewirkte. Ein Verschulden trifft ihn in der Erfüllungszeit.

ohne Beschwer) innerhalb des Zeitraumes zurückgezogen, während dessen der Wert der Vertragserfüllung für den Mieter vorhält, so bleiben die Unmöglichkeitslehren außer Anwendung. Die sich anfänglich als Unmöglichkeit gebende Rechtslage schrumpft zum Erfüllungshindernis zusammen. Die oben uneingeschränkt ausgesprochene Behauptung, daß unser Tatbestand einen Fall der Erfüllungsunmöglichkeit, nicht des Erfüllungshindernisses darstelle, erfährt damit eine wesentliche Einschränkung. Liegen umgekehrt die wirtschaftlichen Verhältnisse so, daß bei einer nur vorübergehenden Unterbrechung der Benutzungsmöglichkeit eine spätere Wiederaufnahme und Fortsetzung der Vertragserfüllung für den Mieter wertlos ist, — ist er ausgezogen und in der Annahme, dauernd in der Weiterbewohnung der alten Räume gehindert zu sein, in eine andere Wohnung übergesiedelt, — so würde auch eine nach ganz kurzer Spanne erfolgende Rücknahme der Verfügung nicht die Kraft haben, den alten Vertrag wieder aufleben zu lassen. Die einmal durch die Verfügung geschaffene Unmöglichkeit würde, von der späteren Rücknahme unbeirrt, die Unmöglichkeitsfolgen auslösen.

Unsere Untersuchung zieht nur den Fall der Unmöglichkeit in den Bereich ihrer Betrachtung. Sie umspannt nur die Fälle, wo nachträgliche Erfüllung für den Mieter ohne Wert ist oder zwar von Wert ist, aber die polizeiliche Verfügung binnen der Zeitspanne nicht zurückgenommen oder aufgehoben wird, während deren das Interesse an Vertragserfüllung anhält. Es ergibt sich aus dieser Einschränkung eine weitere, in der Ueberschrift zum Ausdruck kommende, Begrenzung unserer Arbeit.

Die zur Bestimmung der Unmöglichkeitsform des Tatbestandes endlich noch erforderliche Frage nach dem Umfange,[27] in dem die vertragliche Leistung von der Un-

27. Unwesentlich ist, zu untersuchen, ob die Unmöglichkeit sich auf tatsächliche oder rechtliche Gründe stützt. Denn das Gesetz-

möglichkeit ergriffen wird, kann nicht schlüssig beantwortet werden. Vielmehr sind beide Fälle, sowohl die der gänzlichen wie die der teilweisen Unmöglichkeit, in den Bereich der Betrachtung zu ziehen. Eine Untersuchung, die sich auf den Fall der gänzlichen Unmöglichkeit der Leistung beschränkte, würde durchaus lückenhaft sein. Die Abweichungen, die sich für den Fall der teilweisen Unmöglichkeit ergeben, sind so erheblich, daß ein jeweiliger Hinweis auf sie unverzichtbar erscheint.[28]

Mit der Erkenntnis der Unmöglichkeit des vorliegenden Falles aber als einer nachträglichen, objektiven, bald gänzlichen, bald teilweisen und den Begriffen der „dauernden" und „vorübergehenden" Unmöglichkeit gegenüber farb'osen Form ist die Grundlage gewonnen, auf der sich eine Untersuchung der aus der polizeilichen Sperrung fließenden Schadensersatzansprüche aufbauen kann.

---

buch unterscheidet nicht zwischen den Gründen der Unmöglichkeit, und auch die grundsätzlichen Ausführungen, wie sie sich z. B. bei Kisch a. a. O. S. 8/9 und Titze a. a. O. S. 9/10 finden, geben zu, daß die Grenze zwischen den Begriffen fließend, die Unterscheidung selbst ohne Bedeutung ist. Gegensätzlich W. Biermann a. a. O. S. 75/76. Vgl. aber Motive zu § 344 des ersten Entwurfes (II, 176), die die „juristische" Unmöglichkeit der „natürlichen" in der Behandlung gleichstellen.

28. Gänzliche Unmöglichkeit würde vorliegen, wenn die gesamte Wohnung, teilweise, wenn etwa nur Küche und Waschraum oder Boden und Keller polizeilich beanstandet sind.

Kapitel I.

Die Ansprüche des Mieters gegen den Vermieter.

A. Für die Zeit vor der Kündigung.

§ 4.

Allgemeines.

Unsere Arbeit geht davon aus, daß die polizeiliche Verfügung unberechtigt ist. Gerade das Willkürliche, das damit der Wohnungssperrung anhaftet, gab den Reiz der Untersuchung. Wenn man aber die Schadensersatzansprüche durchforscht, die dem Mieter gegen den Vermieter zustehen, bietet sich die eigentümliche Erscheinung, daß von dem Fehlen der Berechtigung zum Erlasse der Verfügung ganz abgesehen werden kann. Für die rechtlichen Beziehungen, die sich zwischen Mieter und Polizei und zwischen Vermieter und Polizei ergeben werden, wird das Willkürliche der Verfügung zum erregenden Moment. Für die Beziehungen von Mieter zu Vermieter dagegen ist die nackte Tatsache, daß von außen her in das Verhältnis von Person zur Sache eingegriffen und „der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache dem Mieter entzogen“ ist, Grundes genug, um für ihn Rückgriffsmöglichkeiten gegen den Vermieter auszulösen. Die Entziehung, nicht erst die Willkür der Entziehung gibt diese Ansprüche. Ob sich wirklich Feuchtigkeitserscheinungen ernsthafter Art, in der Form von schwammartigen Gebilden, fanden, ob ein fahrlässig handelnder Beamter harmlose Bildungen als Feuchtigkeitskeime

ansprach — ist für den Beziehungsbereich von Mieter zu Vermieter völlig gleichgültig. Die dem Mieter gegen den Vermieter zustehenden Ansprüche steigern sich weder um deswillen, weil der Mieter die Wohnung in Wirklichkeit zu Unrecht räumen muß, noch mindern sie sich deshalb, weil der Vermieter an dem Zwange zur Aufgabe der Wohnung schuldlos ist. Die ausgleichende Gerechtigkeit, die das Fehlen der Berechtigung bei der polizeilichen Verfügung in billigen Betracht zieht, dem Mieter die vollen Rechte gewährend, die ihm gebühren, dem Vermieter ersetzend, was er dem Mieter leistet und sonstwie Schaden leidet — sie tritt erst in den Ansprüchen hervor, die Mieter sowohl wie Vermieter gegen den Beamten zu erheben imstande sind, der die Verfügung erlassen hat.

Unsere Untersuchung geht zunächst den Ansprüchen nach, durch die der Mieter vom Vermieter Ausgleich seines Schadens zu erlangen vermag. Als nächste Form, in die er die Geltendmachung seiner Ansprüche kleiden kann, erscheint die Lösung der vertraglichen Beziehungen: Die Kündigung ist das wichtigste und vornehmlichste Mittel, das dem Mieter gegeben ist. Wichtig auch darum, weil es unabhängig von der Vermögenslage des Verpflichteten ist, und darum ungleich sicherer durchdringen muß als jeder andere, auf Geld oder Geldeswert lautende Rechtsbehelf, der sich oft genug wegen der Mittellosigkeit des Inanspruchgenommenen als nicht zu verwirklichen erweist.

Aber die Kündigung befreit bloß für die Zukunft. Mit dieser Lösung der vertraglichen Beziehungen ist dem Mieter noch nicht Genüge geschehen. Vor der Kündigung kann ihm beträchtlicher Schaden entstanden sein. Nach der Kündigung kann ihm weiterer Schaden erwachsen. Es müssen sich Wege finden lassen, auf denen dem Mieter auch Ausgleich dieses Schadens wird. Diese Wege erscheinen verschieden für die Zeit vor der Kündigung und für die Zeit nachher. Auch in dieser scheidenden Eigenschaft ist die

Kündigung bedeutsam. Sie erweist sich als logisches Moment von eigentümlicher Schärfe.

Der die einzelnen mieterischen Ansprüche scharf von einander trennende Charakter der Kündigung wird verständlich, wenn man sich die beschränkte rechtliche Natur der polizeilichen Verfügung vergegenwärtigt. An sich — laienhaft gedacht — würde man die Ansprüche trennen mögen in solche, die vor, und solche, die nach der Aufgabe der Wohnung durch den Mieter entstehen. Aber dieser Augenblick des Umzugs oder Auszugs ist rechtlich nicht faßbar. Denn die Aufgabe der Wohnung erzeugt, wenn auch durch polizeiliches Gebot erzwungen, an sich keine Endigung der vertraglichen Beziehungen, die Mieter und Vermieter verbinden. Die polizeiliche Verfügung hat wohl die Kraft, die Räumung zu erzwingen. Die Vertragsbeziehungen zu enden, steht nicht bei ihr. Dazu bedarf es noch einer, aus dem freien Willen des Mieters fließenden, Erklärung, deren bewußter Zweck die Lösung der Vertragsbeziehungen ist. Da es einer Kündigungsfrist nicht bedarf[29], so sind diese von dem Augenblicke ab gelöst, wo die Kündigung erklärt ist.[30]

Diese an die Kündigung gebundene Lösung der Beziehungen ist das für den Beziehungsbereich von Mieter zu Vermieter Wesentliche. Die Scheidung der dem Mieter gegen den Vermieter zustehenden Ansprüche in solche v o r und solche n a c h der Kündigung empfängt von hier aus Beleuchtung und Berechtigung.

Wir verfolgen zunächst die Ansprüche, die dem Mieter b i s z u r K ü n d i g u n g zustehen.

Noch verlangt aber ihre Erforschung zuvor eine Rechtfertigung. Man mag eine besondere Betrachtung der dem

---

29. Vgl. unten § 10.

30. Es sei denn, daß der Mieter die Rechte aus § 323, Abs. 1, erster Halbsatz, B.G.B. geltend macht (vgl. unten S. 33 ff.). In diesem Fall tritt die Endschaft des Vertrages bereits mit der Räumung der Wohnung ein.

Mieter vor der Kündigung entstandenen Schäden und der ihm zu ihrem Ausgleich gegebenen Behelfe als gegenstandslos und darum überflüssig bezeichnen. Man mag mit der Erwägung bei der Hand sein, daß der Mieter sofort die Kündigung erklären könne, wenn ihm die polizeiliche Verfügung eröffnet werde. Es würde dann der, zwischen der Eröffnung der Verfügung und der Kündigung angenommene, Zeitraum überhaupt nicht vorhanden sein. Allen folgenden Erörterungen würde damit die, auch für wissenschaftliche Untersuchungen notwendige, Farbe des Lebens mangeln. Aber der Einwand ist unbegründet. Allerdings werden die Fälle nicht selten sein, in denen der Mieter die Kündigung sofort nach Erhalt der Verfügung erklärt. Aber eine andere Lagerung des Falls ist sehr wohl denkbar. Häufig mag der Mieter, von der Berechtigung der polizeilichen Verfügung überzeugt, dem Vermieter eine Frist zur Beseitigung der gerügten Mängel setzen. Erst, nachdem der Vermieter die Frist verstreichen läßt, ohne Schritte zur Abstellung der Mängel zu tun, entschließt er sich zur Kündigung. Oder: auch der Mieter sieht die Grundlosigkeit der Verfügung ein. Ihm ist aber viel daran gelegen, die beanstandeten Räume weiter zu benutzen. Weit davon entfernt, zu kündigen, sucht er vielmehr im Beschwerde- und Klagewege die Aufhebung der Verfügung zu erreichen. Während des langwierigen Verfahrens verliert er die Geduld und kündigt.

Diese Fälle, die aus dem Leben gegriffen sind, verlangen Berücksichtigung. Mit ihrer Auffindung ist die Möglichkeit eines beträchtlichen, zwischen der Zustellung der polizeilichen Verfügung und der Kündigungserklärung liegenden, Zeitraums erwiesen. Eine Betrachtung der dem Mieter bis zur Kündigung zustehenden Ansprüche erscheint danach nicht mehr gegenstandslos. Sie ist auch Zwecken des Lebens dienstbar.

§ 5.

Die dem Mieter in der Regel zustehenden Rechte.

Daß dem Mieter in dem Zeitraum bis zur Kündigung beträchtlicher Schaden entstanden sein kann, erscheint zweifellos. Er mag z. B. Kostgänger bei sich aufgenommen haben. Da seine Küche gesperrt ist, kann er das Essen nicht liefern. Die Kostgänger müssen Speisehäuser aufsuchen und belasten ihn mit dem Mehrbetrag ihrer Aufwendungen. Oder die Waschräume sind gesperrt worden. Er muß die Wäsche außerhalb waschen lassen. Kosten entstehen. Oder auch eine Gesellschaft hat in den gesperrten Räumen gegeben werden sollen. Sie wird abgesagt; aber das Restaurant, dem die Anrichtung des Essens übergeben ist, will nur gegen eine beträchtliche Vergütung von der Lieferung Abstand nehmen. In all diesen Fällen, die mit einiger Phantasie zu vervielfachen wären, wird sich der Mieter mit Entschädigungsansprüchen an den Vermieter wenden.

Das Gesetz gewährt ihm seinen Schutz. Es gibt ihm mannigfache Rechte. Alle führen auf den, die Verpflichtungen des Vermieters umschreibenden, § 535 B.G.B. zurück:

„Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren."

Diese allgemeine Bestimmung entbehrt nicht der Rechtsmacht zu ihrer Verwirklichung. Ihre verpflichtende Natur ist vielmehr so stark, daß jeder Verstoß gegen sie für den Betroffenen die ausgiebigsten Rechtsbehelfe auslöst. Aus der Verletzung der Vermieterpflichten entstehen für den Mieter im allgemeinen Rechte d r e i f a c h e r Art:

1. Er kann erstens von dem Vermieter Beseitigung des Mangels verlangen.[31]

———

31. Dies ergibt der an sich überflüssige § 536 B.G.B.:
„Der Vermieter hat die vermietete Sache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande

2. Er kann ferner, unter bestimmten Voraussetzungen, Befreiung von der Verpflichtung zur Entrichtung des Mietzinses oder dessen Herabsetzung fordern.[32]

3. Er kann schließlich, unter bestimmten, anders gefaßten Voraussetzungen, Schadenersatz wegen Nichterfüllung begehren.[33]

Damit sind „dem Mieter ausgiebige und scharfe Rechtsmittel gegen den Vermieter gegeben, welcher seine Verpflichtungen nicht oder nicht vollständig erfüllt."[34] Und diese Rechtsbehelfe erschöpfen noch nicht einmal die dem Mieter gegebenen Möglichkeiten einer Rechtsverfolgung. Denn außer den noch im § 541 B.G.B. für Rechtsmängel entsprechend gegebenen Rechtsbehelfen stehen ihm nach allgemeiner Annahme weiter, ergänzend, die Rechte zu, die das Bürgerliche Gesetzbuch für die Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen in den §§ 323 und 325 gibt. Stehen doch die Sondersätze der einzelnen Vertrags-

zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustande zu erhalten." Dazu kommt noch zwingend das argumentum e contrario aus § 538, Abs. 2, B.G.B.

32. § 537 B.G.B.:

„Ist die vermietete Sache zur Zeit der Ueberlassung an den Mieter mit einem Fehler behaftet, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt oder mindert, oder entsteht im Laufe der Miete ein solcher Fehler, so ist der Mieter für die Zeit, während deren die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung des Mietzinses befreit, für die Zeit, während deren die Tauglichkeit gemindert ist, nur zur Entrichtung eines nach den §§ 472, 473 zu bemessenden Teiles des Mietzinses verpflichtet."

33. § 538 B.G.B.:

„Ist ein Mangel der im § 537 bezeichneten Art bei dem Abschlusse des Vertrages vorhanden oder entsteht ein solcher Mangel später infolge eines Umstandes, den der Vermieter zu vertreten hat, oder kommt der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug, so kann der Mieter, statt die in § 537 bezeichneten Rechte geltend zu machen, Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen."

34. Dernburg Bürgerliches Recht II 2, S. 160.

verhältnisse zu den Lehren des allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis. Nicht nur die allgemeinen Lehren erfahren von den im besonderen Teile geregelten typischen Verträgen Beleuchtung und Beschränkung,[35] sondern auch für diese müssen wieder die allgemeinen Lehren zur Ergänzung herangezogen werden, soweit sich in den Sonderlehren Ausfüllung heischende Lücken finden.[36] Diese ergänzende Natur macht gerade die Bedeutung der allgemeinen, dem besonderen Teile vorausgeschickten Lehren des Rechts der Schuldverhältnisse aus. Damit gewinnen, wenn auch zur Bedeutung von Ergänzungen herabgedrückt, die allgemeinen Unmöglichkeitslehren Wert für die Ansprüche des Mieters gegen den Vermieter.

§ 6.
Die dem Mieter im vorliegenden Falle zu gewährenden Rechte.

Nicht die ganze Fülle von Rechtsbehelfen, die danach dem Mieter gegeben wäre, wird für den vorliegenden Fall von Bedeutung. Ein beträchtlicher Teil muß für unsere Zwecke ausscheiden. Die Voraussetzungen, die das Gesetz zur unumgänglichen Bedingung ihrer Anwendung erhebt, werden für eine Reihe von Behelfen von dem Tatbestande nicht erfüllt. Gerade die einer Anwendung am nächsten liegenden, in den §§ 535 ff. B.G.B. enthaltenen Rechtsbehelfe können für den vorliegenden Fall wegen seiner eigenartigen Lagerung keine Geltung beanspruchen. Damit werden — da die für Rechtsmängel gegebenen Behelfe ebenfalls aus-

35. Endemann, Vorwort zum Recht der Schuldverhältnisse, S. VII.

36. Vgl. auch Crome System I, S. 448, Anm. 33 am Schluß, der — beim Kauf — die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung als „neben der Lehre von der Mängelgewähr stehend“ auffaßt.

scheiden — die *allgemeinen Unmöglichkeitslehren* von *unmittelbarster* Bedeutung.

Für dieses Zusammenschrumpfen der anfänglich so reichen Möglichkeiten einer Rechtsverfolgung auf die, aus den allgemeinen Lehren des Rechts der Schuldverhältnisse zu schöpfenden, Behelfe steht noch der Beweis aus. Die Erwägung erbringt ihn ohne weiteres, daß das Gesetzbuch die Rechtsfolgen der §§ 537, 538 und 541 ausschließlich beim Vorliegen von Sach*mängeln* und Rechts*mängeln* gibt. Die durch eine polizeiliche Verfügung geschaffene Zwangslage aber beruht weder auf einem Sachmangel, noch auf einem Rechtsmangel. Sie fließt einfach aus der Verfügung selbst. Gewiß, auch die polizeiliche Verfügung rügt einen Mangel. Und wir haben erklärt, für das Verhältnis von Mieter zu Vermieter von dem Willkürlichen, Unberechtigten der Verfügung absehen zu wollen, so daß wirklich vorhandene Mängel unterstellt werden müssen. Aber das, was die Erschütterung in das Mietverhältnis bringt, ist nicht der vorhandene (oder nicht vorhandene) Mangel, der der Verfügung zu Grunde liegt. Die Erschütterung wird vielmehr von der die Aufgabe der Wohnung erzwingenden Verfügung erzeugt. Sie — und daran muß festgehalten werden — sie, allein und losgelöst von allen Gründen, die zu ihrem Erlaß führen, drängt zur Lösung der Beziehungen und wird die Grundlage aller mieterischen Ansprüche. Daß man mit dieser Auffassung nicht fehlgreift, erweist eine einfache Erwägung: Der Mangel, der die Verfügung veranlaßt, kann schon seit Jahren bestanden haben. Dem Mieter selbst mag sein Vorhandensein bekannt gewesen sein, ohne daß er ihn gestört hätte. Wenn er jetzt, wo die Verfügung ihm die Räumung der Wohnung aufgibt, auszieht, so tut er es nicht des Mangels, sondern lediglich der Verfügung wegen! Bei *ungerechtfertigten* Verfügungen ist es zudem selbstverständlich, daß nur die Verfügung selbst, nicht der nicht vorhandene Mangel die Grundlage der Ansprüche sein kann!

Hält man daran fest, daß es nur die Verfügung ist, die den Ausgangspunkt aller mieterischen Ansprüche bildet, so muß man eine Verwertung der §§ 537 ff. B.G.B. für unsere Zwecke ablehnen. Allerdings versuchen verschiedene Schriftsteller, dem unseren verwandte Fälle unter die §§ 537 ff. B.G.B. zu bringen, indem sie den Voraussetzungsrahmen der Paragraphen durch Schlüsse ins Ungemessene spannen. Dies ist jedoch unberechtigt. Zwar ist zugegeben, daß unser Tatbestand sich unter die §§ 537 ff. fügen würde, wenn man — wie die Gegner wollen — aus der Bestimmung des § 536 B.G.B., wonach der Vermieter gehalten ist, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren, den Satz herauslesen könnte, daß der Vermieter für alle und jede Gebrauchshinderung einzustehen habe — ganz gleich, ob sie auf einem Sachmangel, einem Rechtsmangel oder einer anderen Ursache beruht.[37] Aber die Berechtigung solcher Auslegung muß aus sprachlichen wie aus logischen Gründen bestritten werden. Denn man mag die, die Gebrauchshinderung verursachenden, Verhältnisse zu Gruppen zusammenfassen, wie man wolle, niemals kann man „Eingriffe Dritter", „Naturereignisse" oder sonstige „außerhalb der Sache liegende Mängel" als „Fehler" bezeichnen, „mit denen die Sache behaftet ist" (§ 537). Niemals können sie daher auch ausreichen, um den Voraussetzungsrahmen der §§ 537 ff. zu erfüllen. Dies erscheint so selbstverständlich, daß man sich wundert, es noch erweisen zu müssen. Wenn das Gesetz alle diese Fälle unter die §§ 537 ff. hätte fassen wollen, so hätte es diesen Willen erkenntlich zum

37. So Cosack, Bürgerliches Recht, S. 459, sub b. i. V. mit S. 460, sub 4, der die Rechte aus den §§ 537 ff. dem Mieter auch anscheinend dann gewährt, wenn ihm die vermietete Sache durch unberechtigte Eingriffe Dritter oder Naturereignisse entzogen ist. Ebenso spricht sich — wenig überzeugend — Mittelstein, Miete, S. 105, sub 5, aus. Gegen ihn treffend Tumpowsky, Der Mängelanspruch des Mieters, der die von uns vertretene Auffassung teilt (S. 35 ff., S. 39). Vgl. auch Motive II, S. 370.

Ausdruck bringen müssen und gebracht. Genau so wie der, das Kündigungsrecht gewährende, § 542 B.G.B. nur durch seine weite Fassung alle Formen der Gebrauchshinderung zu umfassen vermag, genau so hätte auch § 537 B.G.B., wenn ihm der uneingeschränkte Geltungsbereich zukommen sollte, den die Gegner für ihn beanspruchen, durch Aufnahme des in § 542 B.G.B. gewählten allgemeinen Ausdrucks oder eines verwandten Wortes seine ausgedehnte Bedeutung erhärten müssen. Das ist nicht geschehen. Das Gesetz spricht im Gegenteil mit einengender Bestimmtheit von „Fehlern, mit denen die... Sache behaftet ist". Soll das grundlos sein? Wer hinter der verschiedenen Ausdrucksweise der §§ 537 und 542 keine Absicht des Gesetzgebers wittert, traut den Schöpfern unseres Rechts ein Maß von Absichtslosigkeit zu, das unbegreiflich wäre. Daß unser Tatbestand mithin den §§ 537 ff. nicht unterfällt, ist offensichtlich.

Bei diesem Ausscheiden der Sonderlehren müssen wir auf die allgemeinen Lehren über die Unmöglichkeit zurückgreifen. Ihre begriffliche Anwendbarkeit auf den zur Erörterung stehenden Tatbestand ist in den einleitenden Paragraphen erwiesen. Diese erhalten durch die folgende Untersuchung die Rechtfertigung für ihr — anscheinend etwas abseits liegendes — Eindringen in das Unmöglichkeitsproblem.

Auf unseren Tatbestand bezogen, welcher eine weder von dem einen noch von dem andern Teil zu vertretende Form der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung darstellt, führen die Unmöglichkeitslehren zu folgendem Ergebnis.

§ 7.

a. Das Recht auf gänzliche oder teilweise Befreiung von der Verpflichtung zur Mietzinsentrichtung.

1. Wenn die polizeiliche Verfügung die ganze Wohnung trifft, wird der Mieter mit der Räumung seiner Leistungspflicht völlig

ledig. Er braucht überhaupt keinen Mietzins mehr zu entrichten.

Wenn sich der polizeiliche Räumungsbefehl nur auf einzelne Teile der Wohnung erstreckt, so wird die Leistungspflicht entsprechend **gemindert.** Der Mieter ist befugt, den geschuldeten Zins verhältnismäßig zu kürzen.

Die rechtliche Möglichkeit für diese Befreiung von den durch den Vertragsschluß übernommenen Pflichten schafft § 323 Abs. 1 B.G.B. Er bestimmt:

„Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung; bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472/473."

Die Frage, ob die ganze Wohnung oder nur ein Teil betroffen wird, mag damit als bloß rechnerisch bedeutsam erscheinen. Aber diese Auffassung ist irrig. Es ist nicht das Zahlenmäßige, das die Betrachtung des Umfanges, über den sich die polizeiliche Sperrung erstreckt, bedeutsam erscheinen läßt. Ihre Ausdehnung ist vielmehr von unmittelbarster Bedeutung für die rechtliche Gestaltung des durch die Unmöglichkeit, die vertraglich bedungene Leistung zu bewirken, verschobenen Vertragsverhältnisses. Dieses erlischt, wenn die ganze Wohnung zu räumen ist. Dagegen tritt eine den rechtlichen Fortbestand des Vertrages nicht berührende Verkürzung des Umfangs der Leistungen ein, wenn nur ein Teil der Wohnung von der Verfügung ergriffen wird. Das im ersten Fall eintretende Erlöschen der Vertragsbeziehungen ist allerdings noch unter die Voraussetzung gestellt, daß die Geltendmachung des möglichen Surrogationsanspruches (vgl. §§ 281, 323 Abs. 2 und die weitere Darstellung) nicht mehr

zulässig ist.[38] Bis zum Eintritt dieser Bedingung besteht ein Schwebezustand. Wird das stellvertretende commodum gefordert, so bleibt das Vertragsverhältnis bestehen. Verjährt dagegen der Anspruch auf das Surrogat, verzichtet der Mieter auf das Surrogat oder setzt der Vermieter dem Mieter eine Ausschlußfrist, nach deren fruchtlosen Ablauf der Vermieter sich für Ausschluß des Surrogationsanspruchs und für Lösung der Vertragsbeziehungen entscheidet, so gilt das Vertragsverhältnis — rückwirkend — als mit dem Eintritt der Unmöglichkeit erloschen. Das wird des weiteren erhellen und kann an dieser Stelle nur angedeutet werden.

Wir gewinnen also das Ergebnis — wenn wir den abseits führenden Anspruch auf das stellvertretende commodum ausscheiden — daß von dem Augenblick an, wo der Mieter infolge der polizeilichen Verfügung die Wohnung räumt,[39] in einem Fall Mieter und Vermieter sich als Vertragsteile gegenüberzustehen aufhören, und im anderen der Vertrag unter Verkürzung seines Inhalts unter den Parteien weiterwirkt. Eine von Titze[40] aufgestellte gegensätzliche Behaup-

38. Vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 199 (zu § 323 B.G.B., sub 4); anders Grossart Folgen der Unmöglichkeit der dem einen Teile obliegenden Leistung beim gegenseitigen Vertrag S. 30.

39. In diesem Fall schafft nicht erst die Kündigung das Ende der Vertragsbeziehungen. Sie erlöschen vielmehr schon mit dem Fortzug. — Würde der Mieter wohnen bleiben, so würde diese Endschaft nicht eintreten. Denn die polizeiliche Verfügung hat zwar die Kraft, durch ihr bloßes Bestehen die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung herbeizuführen. Aber sie kann sie, sie muß sie nicht herbeiführen. Wenn der Mieter der Verfügung zum Trotz wohnen bleibt, so nimmt er die an sich als Vertragsleistung unmögliche Leistung als Vertragsleistung an. Dieses Recht ist ihm nicht zu bestreiten. Der Vertrag bleibt dann bestehen. Man kann aber auch annehmen, daß auch hier der Vertrag erlischt und durch das Wohnenbleiben stillschweigend ein neuer Vertrag entsteht, dessen Leistungsgegenstand nicht mehr die unversehrte, sondern die mit den polizeilich gerügten Mängeln behaftete Wohnung ist. Die Folgerungen aus der einen oder anderen Auffassung würden auseinandergehen.

tung, wonach auch im Falle gänzlicher Befreiung des Verpflichteten von der Gegenleistung das alte Vertragsverhältnis mit einem „auf Null reduzierten Inhalt" bestehen bleibe, vermag unseres Erachtens keine konstruktiven Erleichterungen vor der von uns vertretenen, von den gewichtigen Meinungen Schollmeyers und Oertmanns getragenen, Auffassung zu bieten.[41]

Diese durch die allgemeinen Lehren des Rechts der Schuldverhältnisse vermittelte Möglichkeit einer Lösung der Vertragsbeziehungen oder Verkürzung ihres Inhalts scheint aber nichts anderes zu sein als die Rechtsgestaltung, die § 537 B.G.B. schafft. Nach diesem ist der Mieter für die Zeit, während deren die Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauche aufgehoben ist, von der Entrichtung des Mietzinses befreit, für die Zeit, während deren die Tauglichkeit gemindert ist, nur zur Entrichtung eines nach den §§ 472, 473 zu bemessenden Teiles des Mietzinses verpflichtet. Die Ergebnisse der allgemeinen Lehren und der für die Miete gegebenen Regeln scheinen also die gleichen und unser, theoretisch wohl erforderliches, Bemühen, den Tatbestand den Sondersätzen über Mietmängel zu entziehen, im Erfolge ohne irgendwelche Bedeutung. Solche völlige Uebereinstimmung behauptet auch der Schriftsteller, der sich mit den mieterischen Mängelansprüchen im besonderen beschäftigt.[42] Aber er ist in einem Irrtum befangen. Wenn auch die wesentlichen Züge der gewährten rechtlichen Möglichkeiten übereinstimmende sind, so ist doch ihre Ausgestaltung im einzelnen verschieden. Ein wichtiger Unterschied läßt sich vor allem nicht verkennen: Nach § 323 B. G. B. bleibt bei teilweiser Unmöglichkeit der Vertragsteil, dem an teilweiser Erfüllung nicht gelegen, zur Abnahme des

40. A. a. O. S. 115.

41. Schollmeyer a. a. O. S. 196, sub 1, Oertmann a. a. O. S. 71.

42. Tumpowsky a. a. O. S. 40.

möglichen Teiles der Leistung und zur Entrichtung des entsprechenden Teiles der Gegenleistung verbunden.[43] Dagegen ist nach § 537 B. G. B. der Mieter, wenn die gemietete Wohnung auch nur in einem ihrer Teile mit einem Fehler behaftet ist, welcher ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauche aufhebt, zur ferneren Abnahme des restlichen Teiles der Wohnung nicht verpflichtet. Er wird von der Verpflichtung zur Entrichtung des Mietzinses vollständig frei.[44] Ein Beispiel mag diesen Unterschied ins Licht setzen. Ein Diabetiker bewohnt eine Wohnung für sich allein. Die Küche wird ihm polizeilich gesperrt. Er unterwirft sich der Verfügung und übersiedelt in ein Heim für Zuckerkranke, weil seine Wohnung für ihn wertlos ist, wenn er sich in der Küche die Kost nicht den ärztlichen Vorschriften entsprechend zubereiten lassen kann.[45] Seine Verpflichtung zur Entrichtung des Mietzinses für die für ihn wertlose Wohnung berührt das nicht. Nur zu einer Herabsetzung des Mietzinses befugt ihn die Unbrauchbarkeit der Küche.[46] Anders läge es, wenn nicht obrigkeitlicher Zwang die Küche unbrauchbar macht, sondern ihre Behaftung mit Mängeln — etwa mit Schwammpilzen — den

———

43. Das zeigt ein argumentum e contrario aus § 325, Satz 2, B.G.B. Ebenso Titze a. a. O. S. 170, No. 13.

44. Dies ergibt sich ohne weiteres aus der weiten Fassung des § 537 B.G.B.

45. Man mag versucht sein, anzunehmen, daß das Angebot von Wohnung ohne Küche keine mögliche Teilleistung darstelle. Allgemein kann man dies aber darum nicht behaupten, weil für eine Anzahl von Leuten (etwa für Herren, die außerhalb speisen, für Geschäftsinhaber, die Wohnungen als Bureaux verwenden) die Küche Nebensache zu sein pflegt. In dem gewählten Beispiel hat allerdings die Küche für den Mieter besonderen Wert.

46. Diese Mietzinskürzung hätte unter Zugrundelegung einer relativen Berechnungsweise (nach §§ 472, 473 B.G.B.) zu geschehen. Man hätte, wenn der zur Zeit des Vertragsschlusses angemessene Preis der ganzen Wohnung 1500 Mark (a), des be utz-

Mieter veranlaßt, die ganze Wohnung aufzugeben. Hier würde die Zinslast von seinen Schultern genommen werden. Denn § 537 würde durchdringen, der nicht zu einer bloßen Mietzinsmäßigung, sondern zu einer vollständigen Mietzinsbefreiung führt. Die Bedeutsamkeit des Unterschiedes erhellt.

Der Mieter hat mithin, in dem gedachten Rahmen, ein überaus starkes Mittel, die ihm durch unberechtigte polizeiliche Verfügung entstandenen Schäden von sich abzuwälzen. Unannehmlichkeiten ergeben sich für ihn nur durch die Beweislast. Wenn er, auf Entrichtung des Mietzinses belangt, im Rechtsstreit einredeweise geltend macht, daß seine Verpflichtung wegen der Unmöglichkeit des Vollzugs der schuldnerischen Leistung erloschen oder geschmälert sei, so trifft die Beweispflicht ihn. Denn er beruft sich auf eine Veränderung des ursprünglichen Leistungsinhalts, was den Nachweis „der Gründe, die zu einer solchen Veränderung geführt haben",[47] aufbürdet. Den Mieter trifft damit im einzelnen der Beweis für den Umfang des unmöglich gewordenen Teils der geschuldeten Leistung, für die Aufhebung oder Minderung der Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Ge-

---

bar bleibenden Teiles 1000 Mark (b) jährlich betrüge und der vereinbarte jährliche Mietzins sich auf 1800 Mark (c) stellte, die Gleichung aufzustellen: $x = \frac{c \cdot b}{a}$. x würde — als gesuchte Grösse — der Mietzins sein, den der Mieter für die, um die Küche geminderte, Wohnung zu zahlen hätte. Beim Festhalten an den gewählten Zahlen würde er für den Rumpf der Wohnung nicht wie bisher 1800, sondern nur 1200 Mark als Jahreszins zu entrichten haben.

Wenn der seltene Fall eintritt, daß der Mieter als Gebrauchsentgelt neben dem Mietzins Leistungen schuldet, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben (man denke an Pförtnerdienste), so sind nach § 473 diese Leistungen in Geld nach der Zeit des Vertragsschlusses zu werten.

47. Titze a. a. O. S. 171; vgl. auch Schollmeyer a. a. O. S. 198, Planck a. a. O. S. 98, der auf das berühmte Regelsbergersche Gutachten in Sachen Mitscherlich verweist.

brauch und endlich dafür, daß die Unmöglichkeit nicht von ihm zu vertreten ist.[48]

Ist dieser — etwas umständliche — Beweis aber gelungen, so steht der Geltendmachung des Anspruchs auf gänzliche oder teilweise Befreiung von der Entrichtung des Mietzinses nichts im Wege.

§ 8.

b. Das Recht auf das stellvertretende commodum.

2. Das dargelegte Recht belastet den Vermieter. Er wird durch die völlige oder teilweise Aufhebung der mieterischen Zinspflicht geschädigt. Er ist aber demgegenüber nicht ohne Rückgriffsmöglichkeit. Die weiteren Untersuchungen werden erweisen, daß er sich mit Schadenersatzansprüchen an den Beamten halten kann, der die Verfügung erlassen hat. Dieses den Mieter anscheinend nicht berührende Verhältnis von Vermieter zu Beamten spielt in den rechtlichen Beziehungsbereich von Mieter und Vermieter beträchtlich hinein.

Die §§ 323 und 281 B. G. B. gewähren dem Mieter nämlich ein Recht, daß sich auf diesen Ansprüchen aufbaut, die der Vermieter gegenüber dem Polizeibeamten be-

---

48. Uebereinstimmend Schollmeyer a. a. O. S. 198, anders Planck a. a. O. S. 97 (zu § 323); Grossert a. a. O. S. 25, der das Vertretenmüssen der Unmöglichkeit von dem andern Teil als von dem Kläger (Vermieter) behauptet auch von ihm bewiesen wissen will und sich dafür (wie u. a. auch Kleineidam Unmöglichkeit und Unvermögen S. 134) auf die diesen Fall zwar nicht unmittelbar treffende Beweisregel des § 282 B.G.B. bezieht. Ob dabei die Unmöglichkeit von dem Vermieter zu vertreten ist oder auf einem Zufall beruht, ist weder thema probandi der einen noch der anderen Partei. Denn auch im Falle eines Vertretenmüssens der Unmöglichkeit durch den Vermieter stehen dem Mieter — infolge der Verweisung des § 325, Abs. 1, Satz 3 — die ihm im Falle kasueller Unmöglichkeit in § 323 B.G.B. gewährten Rechte zu.

sitzt. Und dieses ist um so wichtiger, als es den Mieter der unbequemen Beweisführung überhebt, die bei der Geltendmachung des Rechts auf Befreiung von der Entrichtung des Mietzinses oder auf Kürzung des Mietzinses auf ihm lastet.

Nach den §§ 323, 281 B.G.B. kann der Mieter, wenn der Vermieter infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.

Der Ersatz oder Ersatzanspruch aber, dessen Herausgabe oder Abtretung der Mieter fordern kann, ist der Ersatz, den der Vermieter von dem Beamten erlangt, oder der Ersatzanspruch, den der Vermieter diesem gegenüber erwirbt.

Macht der Mieter dieses Recht geltend, das die §§ 323, 281 B.G.B. ihm gewähren, so ist er im Gegensatz zu dem behandelten Recht auf Mietzinsbefreiung und Mietzinskürzung in diesem Falle zur Fortentrichtung seines Mietzinses voll verbunden (§ 323 Absatz 2 B. G. B.). Denn das Vertragsverhältnis bleibt mit seinen vollen Leistungsinhalten bestehen. Lediglich an die Stelle der, infolge der Erfüllungsunmöglichkeit in sich zusammenschrumpfenden, Leistung des Vermieters tritt als Surrogat der von diesem erlangte Ersatz oder Ersatzanspruch. Daß entsprechend der Mieter zu seiner Gegenleistung verpflichtet bleibt, entspricht einfachem Erfordern der Logik.

Der Anspruch, der dem Mieter damit gegeben, ist aus doppelten Gründen für ihn von Bedeutung. Einmal gibt er ihm die schon angedeutete Möglichkeit, den häufig schwierigen Beweis des Umfangs, in dem die geschuldete Leistung unmöglich geworden, zu umgehen — indem er

„auf ihn verzichtet".[49] Bei den vorerwähnten Rechten auf Mietzinsbefreiung und Mietzinskürzung würde solcher Verzicht zur prozessualen Verkümmerung der mieterischen Ansprüche führen. Ohne ein auf Geld lautendes Klagebegehren würde das Klagevorbringen als nicht schlüssig zurückgewiesen werden. Bei der Beanspruchung des stellvertretenden commodum dagegen ist der Mieter nicht mit dem Zwange der Schadensberechnung beschwert. Er braucht seine Klage bloß auf Herausgabe des von dem Vermieter erlangten Ersatzes oder auf Abtretung des diesem gegen den Beamten zustehenden Ersatzanspruchs zu richten, ohne den erlittenen Schaden beziffern zu müssen. Nur daß ihm überhaupt durch ein, von ihm nicht zu vertretendes, Ereignis ein Schaden entstanden, hat er zu beweisen. Die Höhe des Schadens zu erweisen, bleibt dem Vermieter in seiner „gegen den Dritten" gerichteten Klage überlassen.[50]

Daneben gibt es einen weiteren Grund, aus dem der Mieter zu dem Surrogationsanspruche greifen wird, obwohl — oder besser: weil — ihn seine Geltendmachung zur Zinsentrichtung weiter verbindet. Setzen wir den Fall, daß der Mieter seinen Zins „praenumerando" zu zahlen habe und die Teilzahlungen vierteljährlich zu erfolgen haben. Für ein Vierteljahr sei der Zins voraus entrichtet, als die polizeiliche Verfügung eingreift. Wenn der Mieter von dem, ihm im § 323 Abs. 1 B. G. B. eingeräumten, Rechte Gebrauch machen würde, so würde seine Zinspflicht erlöschen oder sich ermäßigen. Da der volle Quartalsbetrag bereits erlegt ist, so hätte er um eben den Betrag, um den seine Verpflichtung eine Ermäßigung erfährt, zuviel gezahlt.

---

49. Schollmeyer a. a. O. S. 116, sub e.

50. Es sei denn, daß der Mieter den abgetretenen Ersatzanspruch des Vermieters gegen den Dritten selbst einklagt! Mit Rücksicht auf die Beweislast würde es sich also empfehlen, nicht Abtretung des Ersatzanspruchs zu begehren, sondern von dem Vermieter den erhaltenen Ersatz herauszuverlangen.

Er hätte zwecklos geleistet. Er würde das Zuvielgeleistete zurückfordern wollen. Das Gesetz gestattet dies. § 323 Abs. 3 B. G. B. gibt das Recht, das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuverlangen. Damit ist scheinbar dem berechtigten Verlangen des Mieters Genüge geschehen. Das Bedenkliche liegt aber in der Verweisung auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Hier steckt die „Achillesferse“ des Anspruchs.[51] Denn nach § 818 Abs. 3 B. G. B. ist die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze des Wertes ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Würde der Vermieter den zuviel entrichteten Zins zur Deckung der Zinsen der das Haus beschwerenden Hypotheken verwendet haben und mittellos sein,[52] so würde der Mieter, wiewohl von der Verpflichtung zur Mietzinsbefreiung (ganz oder teilweise) befreit, dennoch in Wirklichkeit grundlos den Mietzins gezahlt haben. Dieses unangenehme Ergebnis vermeidet er nun, wenn er, statt die im § 323 Abs. 1 B. G. B. gewährten Möglichkeiten einer Mietzinsbefreiung oder Mietzinsermäßigung zu nutzen, auf Grund des Abs. 2 den Surrogationsanspruch geltend macht. Er bleibt in diesem Falle weiter zur Gegenleistung verpflichtet. Der im voraus entrichtete, von dem Mieter vertane Mietzins ist nicht mehr zu Unrecht erlegt. Er geht seiner Gegenleistung nicht verlustig. Der Gegenwert, den er erhält, besteht in dem Anspruch auf Herausgabe des von dem Vermieter erlangten Ersatzes oder auf Abtretung des dem Vermieter „gegen den Dritten“

51. Dernburg a. a. O. II, 2, S. 161.

52. Oder auch (vgl. Dernburg II 1, S. 209), wenn er das Geld verspielt hätte, selbst wenn er daneben noch so vermögend ist — vorausgesetzt, daß er, wenn er dieses Geld nicht gehabt hätte, nicht gespielt hätte! Anders Rebbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, S. 184, der dem Fortfall der Bereicherung durch Verschulden des Empfängers keine befreiende Wirkung beilegt.

zustehenden Ersatzanspruchs. Der Mieter erhält damit auf einfachem Wege, was er im andern Fall überhaupt nicht erlangen würde.

Sowohl von der prozessualen Seite gesehen, wie von der wirtschaftlichen, liegt also in diesem Anspruch auf das stellvertretende commodum eine wesentliche Ergänzung der geschilderten Ansprüche auf Mietzinsbefreiung und Mietzinsermäßigung. Auch er ergab sich aus den allgemeinen Lehren des Rechts der Schuldverhältnisse. Die Mängellehren der Miete enthielten nirgend einen Hinweis auf ihn. So erfährt die Behauptung, daß die Anwendung der allgemeinen Lehren und der Sonderregeln der Miete zu ganz ununterschiedlichem Ergebnisse führe, erneute Zurückweisung. Schon sehr bedenklich mußte man es nennen, die Entziehung einer Sache durch Eingriffe Dritter als Behaftung der Sache mit einem Fehler zu bezeichnen. Vollends entgehen aber muß solcher Auffassung die Möglichkeit, dem aus der Wohnung gewiesenen Mieter den Anspruch auf Herausgabe des von dem Vermieter erlangten Ersatzes oder auf Abtretung des dem Vermieter zustehenden Ersatzanspruchs zu gewähren.

Wir haben bisher die Anwendbarkeit der den Surrogationsanspruch gewährenden Paragraphen auf unseren Tatbestand als selbstverständlich angenommen. Doch ist das nicht ohne Bedenken. Zwar wird das nicht ihrer Anwendung gefährlich, daß nach § 281 B. G. B. der Ersatz oder Ersatzanspruch „infolge“ des Umstandes erlangt sein muß, welcher die Leistung unmöglich macht. Denn wenn dem Vermieter Rückgriffsmöglichkeiten zustehen, so werden sie eben durch den geforderten ursächlichen Zusammenhang vermittelt. Aus ihm würden sie entstehen. Die Bedenken stammen vielmehr daher, daß § 281 B. G. B. den Anspruch auf den Ersatz oder Ersatzanspruch nur gewährt, wenn der Schuldner ihn „für den geschuldeten Gegenstand“ erlangt. Ob man dies von vorliegendem Tatbestand aussagen kann, erscheint fraglich. Es ist besonders Planck — und eine Reihe von

Schriftstellern, die die Miete monographisch behandeln, leistet ihm Gefolgschaft[53] —, der betont, daß § 281 B. G. B. keine Anwendung leide, „wenn nicht der Gegenstand selbst, für welchen der Schuldner einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt hat, sondern nur eine in Beziehung auf diesen Gegenstand vorzunehmende Handlung den Gegenstand des Schuldverhältnisses bildet." Danach würde der Mieter keinen Anspruch auf das stellvertretende commodum haben. Denn der Vermieter hat nach den Vertragsabreden ihm nicht das Haus oder die Wohnung (wenn Stockwerkseigentum zulässig noch begründet werden könnte; vgl. aber Art. 182 E. G. B. G. B.) zu überlassen, sondern ihm nur ihren Gebrauch zu verschaffen! Aber die Ansicht von Planck ist unbegründet. Wie die Auffassung, die sie verrät, einseitig ist, so wird ihre Auslegung der Gesetzesworte auch nicht dem wechselnden Sinne gerecht, den der Sprachgebrauch mit dem Ausdruck „geschuldete Leistung" verbindet. Diese Wortfügung ist zweifellos mehrdeutig. Nach der Sprachübung, die bei uns gang und gäbe ist, umfaßt sie sowohl die Handlung, welche man kraft seines Gläubigerrechts fordern kann, als auch die Sache selbst, „deren Leistung (Verschaffung zu Genuß, Besitz, Eigentum) kraft des Forderungsrechts verlangt werden kann."[54] Nach dieser freieren Ausdrucksweise wird im vorliegenden Falle sowohl die Gebrauchsverschaffung der Wohnung als die Wohnung selbst geschuldet, und zwar nach dem Schollmeyerschen Sprachgebrauch die eine „unmittelbar", die andere „mittelbar."[55] Allerdings teilen die Motive diese Auffassung nicht. Sie lehnen sie ab, weil der Mieter das Grundstück nicht zu fordern habe.[56] Diese Stellungnahme kann aber nicht ent-

---

53. Planck a. a. O. S. 56, Tumpowsky a. a. O. S. 40, Anm. 1, Mittelstein a. a. O. S. 89, Borchardt a. a. O. S. 38.

54. Windscheid-Kipp a. a. O. II, § 252, Anm. 1.

55. Schollmeyer a. a. O. S. 112/113.

56. II, S. 47.

scheidend sein, da bindende Kraft den Gesetzesmaterialien nicht beiwohnt. Die Auffassung ist auch so formal, daß man sie für das Leben nicht verwenden kann. Zudem kann man das Preußische Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 für die hier vertretene Ansicht ins Feld führen. Dieses gewährt in seinem § 11 für den Fall der Enteignung dem Mieter einen Anspruch auf Entschädigung für den ihm entzogenen Gebrauch.[57]

Aus sprachlichen Gründen sowohl wie aus Gründen der Billigkeit wird man dem Mieter also den Anspruch auf das Surrogat nicht versagen dürfen. Die gleichartige Regelung bei der Enteignung macht die Richtigkeit dieser Entscheidung noch gewisser.

Dabei ist es selbstverständlich, daß der Mieter nur die Herausgabe desjenigen Teiles des von dem Vermieter von dem Beamten erlangten Ersatzes oder die Abtretung desjenigen Teiles des dem Vermieter gegen den Beamten zustehenden Ersatzanspruches verlangen kann, der sich als Vergütung für den ihm (dem Mieter) entgangenen Gebrauch und als Abgeltung der ihm, dem Mieter, entstandenen Schäden darstellt. Für die Berechnung der Gebrauchsentwertung und der sonstigen Schäden ist dabei auf die Person des Mieters zurückzugehen.[58] Doch entscheidet nicht dessen individuelles, möglicherweise persönlich übertriebenes Interesse, sondern das objektivierte. Geht das subjektive über dieses hinaus, so bildet das objektive die Schranke. Ist umgekehrt das objektive Interesse das höhere, so ist natürlich das subjektive ausschlaggebend. Anders ausgedrückt: Das subjektive Interesse des Mieters bildet

---

57. So auch Crome a. a. O. II, S. 127, Anm. 51, Kleineidam a. a. O. S. 118.

58. Vgl. allgemein Schollmeyer a. a. O. S. 113, sub d. Anders Grossart a. a. O. S. 29/30, der bald auf die Person des Vermieters, bald auf die des Mieters zurückgehen will, je nachdem die Verpflichtung des Dritten eine vertragliche oder außervertragliche ist.

immer das Maximum, von dem der Richter nach objektiven Grundsätzen einen Abschlag zu machen hat.

Mit dieser Objektivierung ist die aus der individuellen Wertungsweise fließende Fehlerquelle verstopft. Damit sind aber noch nicht alle Unebenheiten beseitigt. Im Gegenteil löst gerade das Abstellen auf das objektivierte Interesse wieder Ungleichheiten aus. Denn wenn man dieses zu Grunde legt, erhält der Mieter durch Abtretung des stellvertretenden commodum unter Umständen weniger als bei der Geltendmachung des Minderungsanspruchs,[59] bei dem das uneingeschränkte individuelle Interesse entscheidet. Dies geschähe beispielsweise, wenn er einen über das Uebliche weit hinausgehenden Mietzins zahlt und die Gebrauchsentwertung der Wohnung infolge der polizeilichen Beanstandung für ihn eine das Gewöhnliche weit übersteigende ist. Da der Rückgriffsklage des Vermieters gegen den Dritten nicht das persönliche Interesse zu Grunde gelegt wird, so würde er bei Geltendmachung des Surrogationsanspruchs einen Ausfall erleiden. Diesem ungleichen Ergebnis beugt aber § 323 Abs. 2 durch die Bestimmung vor, daß, soweit der Wert des Ersatzanspruchs oder des Ersatzes hinter dem Wert der geschuldeten Leistung zurückbleibt, der Anspruch auf Minderung des Mietzinses unverkümmert bleibt.[60]

Dieser Bestimmung eignet noch ein weiterer Anwendungsbereich. Sie ist auch für den Fall von Wert, — und auf ihn eigentlich gemünzt[61] — wenn der Ersatz oder Ersatz-

———

59. Der Ausdruck Minderungs„anspruch“ wird hier — und wurde schon wiederholt — im uneigentlichen Sinne gebraucht. Der strengen Gesetzessprache entspricht er nicht. Im besonderen ist er kein Anspruch im Sinne des § 194 B.G.B.

60. Schollmeyer a. a. O. S. 199, sub 4 a. E., Kipp bei Windscheid II, S. 308.

61. Natürlich ist in § 323, Abs. 2 auch an den Fall gedacht, daß das, zwischen dem Vertragsschuldner und dem Dritten bestehende, Beziehungsverhältnis nicht den ganzen Umfang der Ansprüche deckt, die der Gläubiger gegen den Schuldner erheben kann.

anspruch wegen Unzulänglichkeit der Mittel des in Anspruch genommenen Dritten den Wert der geschuldeten Leistung nicht erreicht. Gerade in Fällen, in denen, wie in unserem, die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des in Anspruch genommenen Dritten erschwert ist (§ 850 Ziffer 8 C. P. O.), ist eine Verbindung beider Ansprüche — auf Herausgabe des empfangenen Ersatzes (oder Abtretung des Ersatzanspruchs) und auf Kürzung des Mietzinses — von besonderer Bedeutung.

Diese Möglichkeit eines ergänzenden Ineinandergreifens der beiden Rechte legt die Frage nahe, in welchem Verhältnisse diese überhaupt zueinander stehen. Man wird sagen müssen, daß der Mieter die Wahl zwischen beiden hat. Dieses Wahlrecht ist aber weder nach den Lehren über die facultas alternativa, noch nach den Sätzen über Alternativobligationen zu beurteilen.[62] Die Rechtsgestaltung ist vielmehr aus allgemeinen Erwägungen zu gewinnen. Es wird zu unterscheiden sein, ob zuerst der Surrogationsanspruch oder zuerst der Minderungsanspruch geltend gemacht wird. Im ersteren Fall ist das Wahlrecht beweglich gestaltet. Dem Mieter bleibt es unbenommen, noch von dem Begehren des Surrogates Abstand zu nehmen und gänzliche oder teilweise Befreiung von der Entrichtung des Mietzinses zu verlangen. Die zeitliche Schranke für dieses Rückgreifen ist weit zu ziehen. Denn erst mit der tatsächlichen Verwirklichung des ursprünglich gewählten Anspruchs kann die Rückgriffsmöglichkeit als erschöpft gelten. Als Grenze wird sich die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner (§ 829 Abs. 3 C. P. O.) oder die Inbesitznahme des erlangten — in der Regel in Geld bestehenden — Ersatzes durch den Gerichtsvollzieher (§ 809 C. P. O.) erweisen. Anders, wenn der Mieter zuerst sich für Weigerung oder Kürzung des Mietzins entschieden hat. Hier erlischt

---

62. Anders — für Surrogationsanspruch, Minderungsbegehren und Schadenersatz wegen Nichterfüllung — Grossart a. a. O. S. 56/57.

zugleich mit seiner Erklärung das jus variandi. Denn mit der Erklärung ist die Minderung auch schon verwirklicht. Ein nachträgliches Abgehen verbieten Gründe allgemeinster Natur. Man würde sonst zu unhaltbaren Ergebnissen gelangen. Im Falle gänzlicher Mietzinsweigerung erlischt der ganze Vertrag. Die Möglichkeit eines nachträglichen Uebergehens zum Surrogationsanspruch würde die Möglichkeit der Auferstehung des Vertrages voraussetzen!

Bedingung des dargelegten Anspruchs auf Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs ist natürlich, daß der Vermieter auch wirklich Rückgriffsmöglichkeiten gegen Dritte besitzt. Es sei nochmals wiederholt, daß die späteren Untersuchungen die Berechtigung dieser Annahme erweisen werden.[63]

§ 9.

c. Das Recht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung.

Aber durch die Möglichkeit, die Herausgabe des von dem Vermieter erlangten Ersatzes oder die Abtretung des vermieterischen Ersatzanspruchs fordern zu können, wird der Mieter ebensowenig vollkommen entschädigt, wie durch die Möglichkeit der Mietzinsweigerung oder Mietzinskürzung. Ein voller Ausgleich seines Schadens, wie er ihm in der Form entgangenen Gewinns entstanden sein kann, wird ihm dadurch nicht. Dazu bedürfte es der Zubilligung eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Dieser allein vermag einen in jeder Richtung zureichenden Ausgleich zu bieten. Man denke dabei nur — und man würde sich einer übertriebenen sprachlichen Genauigkeit schuldig machen, wenn man diesen Fall als nicht von unserer Arbeit umfaßt ansehen wollte, weil diese in ihrer Ueberschrift nur von „Mietwohnungen" spricht — man denke einmal statt

---

63. Vgl. das zweite Kapitel dieser Arbeit.

an Wohnungen, an Geschäftsräume oder Fabrikhäuser. Ein Stillstehen der Betriebe, durch polizeiliche Verfügung veranlaßt, müßte ungeheuren Schaden nach sich ziehen. Eine noch so beträchtliche Herabsetzung des Mietzinses würde da kein Ausgleich für den entgehenden Gewinn und für die fortlaufenden Ausgaben zu sein vermögen,[64] denen Einnahmen nicht gegenübertreten. Auch die Kündigung würde sich nicht als wirksamer Behelf erweisen. Denn sie kann nicht die laufenden Ausgaben aufhalten, die sie bloß verringert, geschweige denn für den Gewinnentgang entschädigen. Ueberdies können die gesperrten Räume aus den verschiedensten Gründen die für den Betrieb allein geeigneten sein, sodaß eine Kündigung mehr einen Verlust als einen Gewinn bedeuten würde. Zudem aber soll gerade der Weg ausgemittelt werden, auf dem dem Mieter für die Zeit bis zur Kündigung ein vollkommener Ausgleich seines Schadens wird. Nur durch Zubilligung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung würde dies zu erreichen sein. Aber gerade er ist nicht gegeben. Das Gesetz gewährt ihn nicht für den Fall einer von keinem Teil zu vertretenden Unmöglichkeit. Und selbst wenn man die abgelehnte Ansicht annehmen und die Mängellehren der §§ 537, 538 B.G.B. anwenden wollte — auch dann würde man nicht zu der Gewährung eines Schadensersatzanspruchs kommen. Denn die Voraussetzungen, die § 538 zur Bedingung des Schadensersatzanspruchs erhebt, werden von dem vorliegenden Tatbestande nicht erfüllt.

Mit dem Ausschluß dieses Anspruchs bleibt eine klaffende Lücke. Die stärkste Möglichkeit, bis zur Kündigung den durch die Sperrung der Räume entstandenen Schaden von sich abzuwenden und auf andere zu überwälzen, ist damit ausgeschlossen.

---

64. Wenn auch die Verträge mit den Angestellten wegen unverschuldeter Unmöglichkeit der Vertragserfüllung (§ 323 B.G.B.) erlöschen würden!

Die Versagung des Schadensersatzanspruchs gilt aber nicht für alle Fälle in gleicher Weise. Sie besteht zu Recht, wenn den Vermieter für die Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung kein Verschulden trifft. Dies ist nicht immer der Fall. Stellen wir uns vor — und wir greifen damit nur eine Möglichkeit wieder auf, der schon gedacht worden —, daß der Mieter, ehe er zur Kündigung schreitet, dem Vermieter eine Frist mit der Auflage setzt, die Rücknahme der polizeilichen Verfügung zu erwirken oder aber den Beschwerden der Verfügung abzuhelfen (ganz gleich, ob diese begründet sind oder nicht) und die Wohnung wieder in einen bezugsfähigen Zustand zu bringen. Dieses mieterische Begehren geht nicht über den Rahmen der mieterischen Machtbefugnisse hinaus. Es wird durch die im § 536 B.G.B. ausgesprochene Verpflichtung des Vermieters zur Erhaltung der vermieteten Sache in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustand gedeckt.[65] Der Vermieter kann einen doppelten Weg einschlagen, um diesem Verlangen zu entsprechen. Er kann entweder die Räume in den von der Verfügung geforderten Zustand bringen oder durch Gegenvorstellungen (Remonstrationen), Verwaltungsbeschwerde oder Verwaltungsklage die Aufhebung der Verfügung zu erreichen suchen.[66] Der Ver-

65. Entsprechend Mommsen a. a. O. S. 295, nach dem der Schuldner bei „zeitweiser Unmöglichkeit" fortwährend zur Prästierung derjenigen Diligenz verpflichtet ist, welche er nach der Natur der Obligation .... zu leisten hat". Vgl. auch l. 3 D. depositi vel contra 16,3, wo erklärt wird, daß der diese Tätigkeit unterlassende Schuldner „non caret culpa".

66. Berechtigt zur Einlegung der Beschwerde wie zur Erhebung der Klage ist der Vermieter auch dann, wenn die polizeiliche Verfügung, die die Sperrung der Wohnung aufgibt, an den Mieter gerichtet ist. Denn (vgl. Stier-Somlo, Kommentar zum Gesetz über die Allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883, zu § 127, S. 229 und die dort S. 227 angeführten Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts) „es können polizeiliche Verfügungen von jedem angegriffen werden, dessen rechtlich geschützte Interessen dadurch berührt und in dessen Rechtssphäre durch dieselben eingegriffen wird.

pflichtung, auf eine von diesen beiden Weisen die Gebrauchsfähigkeit der Wohnung wiederherzustellen, kann er sich nicht entziehen, ohne der Belastung mit der Schadenstragung zu verfallen. Seine Eigenschaft als Vermieter trägt ihm diese Verpflichtung ein.[67] Allerdings ist er nicht verbunden, die Rechtsmittel „sofort" einzulegen oder „sofort" die Mängel, die gerügt sind, zu heben. Genau so wie nach § 545 B.G.B. der Mieter nur zu „unverzüglicher" Anzeige verpflichtet ist, so

wenn auch die Verfügung nicht direkt an ihn gerichtet war". Die Adressierung der Verfügung an den Mieter ist nicht ungewöhnlich. Die Polizei ist zu dieser Form des Vorgehens durchaus befugt. Das Oberverwaltungsgericht hat dies in mehreren Entscheidungen erklärt (vgl. O.V.G. XVI, 392 ff., „die Polizei ist hierzu unzweifelhaft berechtigt" und O.V.G. XXIV, 384 ff., wo sogar die polizeiliche Verfügung, die an den Hauseigentümer gerichtet war, aufgehoben wurde, weil sie an den Mieter hätte gerichtet werden müssen); siehe auch Schultzenstein a. a. O. D. I. Z. IV, 432. Vgl. auch Rosin Artikel: Polizeiliche Verfügungen (in Stengels Wörterbuch) § 5 sub. 2 und die dort aufgeführten Entscheidungen O.V.G. I, S. 330, III, S. 217, VII S. 310. Landsberger berichtet, daß die Aufforderung zur Räumung in Posen regelmäßig auch dem Mieter zugeht (vgl. oben S. 10 Anm. 9). Und v. d. Goltz (a. a. O. S. 29) entnimmt der Sozialen Praxis II 1894 S. 35 die Mitteilung, daß die Berliner Polizei sogar „wegen der mit der Wohnungspolizei verbundenen Schwierigkeiten und Arbeit mehr und mehr davon abgesehen hat, gegen die Hauseigentümer unmittelbar vorzugehen, und sich auf Zwangsmaßregeln gegen die Mieter ungesunder Wohnungen beschränkt."

67. Daß nicht der Vermieter, sondern der Mieter zur Einlegung des Rechtsmittels verpflichtet ist, kann nicht behauptet werden. Dagegen spricht die schon erwähnte, auf dem Vermieter ununterbrochen lastende Erhaltungspflicht der Wohnung in gebrauchsfähigem Zustand. Weiter ist dagegen § 545 B.G.B. heranzuziehen. Die von ihm dem Mieter auferlegte Anzeigepflicht findet Grund und Zweck in der gesetzgeberischen Absicht, mit der Abwehr von Eingriffen den Vermieter zu belasten. So sprechen es auch verschiedene reichsgerichtliche Erkenntnisse ausdrücklich aus, daß die Einlegung von Rechtsmitteln nicht dem Mieter obliegt, seine Ansprüche gegen den Vermieter davon vielmehr unabhängig sind (vgl. Bolzes Archiv Bd. XXI, No. 428, XXII, No. 400; vgl. auch Borcherdt a. a. O. S. 48, Mittelstein a. a. O. S. 91).

braucht auch der Vermieter zur Abstellung der Mängel nur „unverzüglich" zu schreiten. Unterläßt er es aber, so ist von dem Augenblicke an, wo bei unverzüglicher Einlegung des Rechtsmittels die Verfügung der Polizei bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang aufgehoben oder bei unverzüglichem Beginne der Arbeiten zur Beseitigung der gerügten Mängel der polizeigemäße Zustand der Wohnung hergestellt wäre, die Unmöglichkeit der Leistung keine mehr, die von keinem der beiden Vertragsteile zu vertreten ist, sondern eine von dem Vermieter verschuldete. Damit aber verschiebt sich rechtlich das Bild. Die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs an den Mieter für den von diesem Augenblicke an entstehenden Schaden — nur um diesen kann es sich handeln — steht nichts mehr im Wege. Nicht nur der dieses Orts auszuschaltende[68] § 538 B.G.B. billigt für diesen Fall den Anspruch dem Mieter zu, Auch § 325 B.G.B., der Anwendung leidet, gewährt ihn.[69]

---

68. Trotz dem gleichen Ergebnis muß an der Anwendung der allgemeinen Lehren (§§ 323 ff.) festgehalten werden. Sonderbarerweise will Tumpowsky (a. a. O. 46), seiner sonstigen Anschauungsweise zum Trotz, nicht die Unmöglichkeitslehren, sondern die Mängellehren der Miete anwenden, wenn bei „unberechtigten Eingriffen" Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert wird. Die Wortauslegung, auf die er sich stützt, erscheint gezwungen. Er führt an, daß die letzte Alternative des § 538 B.G.B. nicht von Sachmängeln, sondern mit bewußt allgemeiner Fassung von Mängeln überhaupt spreche. Irgend etwas Beweisendes liegt darin nicht. Augenscheinlich will das Gesetz nur die lästige Wiederholung der sich im ersten Satzteil findenden Wortfügung „ein Mangel der im § 537 bezeichneten Art" sparen, verlangt aber ihre Ergänzung als selbstverständlich bei den beiden weiteren Alternativen. Eine unbefangene Betrachtung wird diese Ergänzung auch nicht verweigern. Vgl. die gleiche Auslegung bei Dernburg a. a. O. II, 2, S. 162 sub. V.

69. Eigentlich müßten, wenn auf diese Weise die von keinem Teil zu vertretende Unmöglichkeit sich in eine von dem Vermieter zu vertretende wandelt, dem Mieter beide Rechte des § 325 Satz 1 B.G.B. zustehen. Aber nur der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wird der besonderen Rechtsform der Miete gegenüber

In diesem Fall ist also ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erreichbar. Er ist aber — dies sei wiederholt betont, damit sein Wert nicht überschätzt werde — nur von Erheblichkeit für den Schaden, der nach dem, soeben des näheren umschriebenen, Zeitpunkt eintritt. Da zwischen dem Augenblick, in dem die Verfügung zugestellt wird, und diesem Zeitpunkt erhebliche Zeit verfließen kann, so gleicht auch dieser Anspruch nicht alle Schäden aus. Auch ist er nur in Fällen gegeben, in denen der Mieter, ehe er kündigt, dem Vermieter eine Frist setzt, die dieser schuldhaft verstreichen läßt. Man darf in dieser Gestaltung des Tatbestands aber keine Ausnahme sehen wollen. Wie sich weiter ergeben wird, ist das Setzen einer Frist zur Hebung des Mangels nicht eine willkürliche Handlung des am Vertrage festhaltenden Mieters, sondern — in der überwiegenden Mehrzahl von Fällen — ein unumgängliches Erfordernis für das Abgehen vom Vertrage. Die Kündigung ist unter die Voraussetzung der Fristsetzung gestellt (§ 542).

In den dreifachen Rechten, dem Anspruch auf Mietzinsbefreiung, dem Anspruch auf das stellvertretende commodum und dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, erschöpfen sich die dem Mieter bis zur Kündigung gewährten Rechtsbehelfe. Die Frage entsteht, in

---

von Bedeutung. Das Rücktrittsrecht ist nicht zu verwirklichen. Denn für alle Phasen des Mietverhältnisses wird im Bürgerlichen Gesetzbuch der Rücktritt durch die Kündigung ersetzt. (Vgl. Titze a. a. O. S. 286, Schöller in Gruchots Beiträgen Bd. XXXXVI, S. 272). Das A.L.R. dachte darin noch anders. Es kannte bei der Miete sowohl ein Rücktritts- wie ein „Aufkündigungsrecht". Doch ist der Unterschied gegenüber dem heutigen Recht gering. Denn das A.L.R. ließ den Rücktritt nur zu, wenn die Mietsache dem Mieter in brauchbarem Zustand überhaupt nicht überliefert worden war (A.L.R. I, 21, 273). Wir würden auch in diesem Falle allerdings nur Kündigung verstatten. Aber vor der Uebergabe und Zinszahlung fallen Rücktritt und Kündigung zusammen! — Nicht unerwähnt bleibe, daß freilich Kisch a. a. O. S. 147 den Rücktritt neben der Kündigung zuläßt.

welchem Verhältnis der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, der einen Ausgleich für den nach dem Hervortreten eines vermieterischen Verschuldens entstehenden Schaden darstellt, zu den andern dem Mieter gewährten Rechten steht. Man wird sich dahin entscheiden müssen, daß die verschiedenen Ansprüche dem Mieter in alternativer[70] Form zustehen. Wie bei dem Begehren des stellvertretenden commodum der Mieter noch von dem Verlangen des Leistungssurrogates abstehen und auf die Mietzinsminderung zurückgreifen konnte, so wird man die gleiche Eventualbeziehung zwischen dem Schadensersatzbegehren und dem Anspruch auf das stellvertretende commodum annehmen müssen.[71] Zu dieser elektiven gesellt sich aber noch die weitere kumulative Beziehung, wie sie zwischen dem Minderungsanspruch und dem Anspruch auf das stellvertretende commodum angenommen wurde. Wird der Mieter durch die Abtretung des Ersatzanspruchs oder die Herausgabe des von dem Vermieter erlangten Ersatzes nicht vollkommen befriedigt, so kann er sich noch durch das Schadensersatzbegehren für den Ausfall zu decken suchen. — Nicht dagegen kann der Mieter — und zwar aus denselben Gründen, die ein Abgehen von dem Minderungsbegehren auf das stellvertretende commodum ausschlossen — wenn er den Minderungsanspruch geltend gemacht hat, auf den Schadensersatz wegen Nichterfüllung zurückgreifen. Die Unmöglichkeit solchen Abspringens erhellt aus der Tatsache, daß mit der Erklärung der Minderung diese

70. Der Ausdruck „alternativ" ist eigentlich ungenau, da er, als von dem römischen alter stammend, nur die zweifache, nicht die mehrfache Wahlmöglichkeit zu begreifen vermag. Da aber eine entsprechende Sprachbildung für umfassendere Wahlmöglichkeiten fehlt, so wird der Ausdruck in dieser freieren Bedeutung von uns an dieser Stelle, wie auch an andern, verwendet.

71. Ebenso Grossart a. a. O. S. 58/59.

auch schon vollzogen ist.[72] Dagegen besteht die Eventualbeziehung zwischen Minderungsanspruch und Schadensersatzbegehren dann, wenn der Schadensersatz zuerst gefordert wird. Bis zum wirklichen Empfang des Ersatzes wird man hier ein jus variandi für den Mieter annehmen müssen. Eine kumulative Beziehung aber wird man weder zwischen dem Minderungsanspruch und dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung noch zwischen dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und dem Minderungsanspruch annehmen können. In der erstgedachten Richtung nicht, weil der Mieter, wenn ihm der mit dem Minderungsbegehren zu erzielende Erfolg nicht genügte, den umfassenderen Schadensersatzanspruch geltend machen konnte, in der letzteren nicht, weil der Schadensersatzanspruch der weitaus umfassendere der beiden Ansprüche ist und eine Verbindung mit dem Minderungsbegehren sich dadurch erübrigt. Zu diesem Ausschluß der Kumulation stimmt auch, daß — entsprechend — § 538 B.G.B. den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur „statt" des Minderungsrechts, nicht neben ihm, gewährt.

B. Für die Zeit nach der Kündigung.

§ 10.

1. Die Kündigung selbst, in ihren Grundlagen, ihren Voraussetzungen und ihrer begrifflichen Natur.

Es ist bereits darauf hingewiesen, daß für die Beziehungen, die aus der Geltendmachung von Rückgriffsansprüchen sich zwischen Mieter und Vermieter ergeben,

72. Anders allerdings Dernburg a. a. O. II, 2 S. 57 ff., der einen Minderungsvertrag für erforderlich erachtet. Gegen ihn aber, durchgreifend, Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. XXXXIII, S. 316 ff., S. 333.

die Kündigung von erheblichster rechtlicher Bedeutung ist, ja, daß ihr Einfluß auf die aus der Sperrung der Wohnung fließenden Rechte so erheblich ist, daß diese sich in solche dem Mieter vor und solche ihm nach der Kündigung zustehende gliedern lassen.

Die Kündigung führt wieder auf die Lehren des Gesetzes von der Miete. Bei der Zusammenstellung der bis zur Kündigung gewährbaren Rechte hatten die Sätze von der Miete völlig zurücktreten müssen. Die allgemeinen Lehren des Rechts der Schuldverhältnisse waren zur Anwendung gelangt. Aus ihnen waren die geschilderten Befehle geflossen. Anders bei der Kündigung.

Die allgemeinen Lehren des Gesetzes haben eine vor jeder Sonderregelung weichende Bedeutung. Sie werden belanglos, wenn es sich um Rechtsformungen handelt, die nur einzelnen der „typischen" Verträge eignen und bei diesen mit einem eigenen Wall von Bestimmungen umgeben sind. Hier leiden nicht jene, sondern diese Anwendung. Und nur, soweit sie Lücken lassen, greifen die allgemeinen Regeln wieder ein. Dies wird besonders für die Kündigung von Bedeutung. Sie ist keine für alle Arten von typischen Verträgen in gleicher Weise geltende, einheitlich geregelte Rechtsbildung wie der ihr begrifflich verwandte und innerlich doch so verschiedene Rücktritt.[73] Vielmehr kommen für Miete,

---

73. Schwierig ist — diese Betrachtung geht über den Rahmen der Arbeit hinaus und wird an dieser Stelle nur eingefügt, weil sie sich aus Untersuchungen über den Kündigungsbegriff ergab —, den Unterschied von Widerruf auf der einen und Kündigung und Rücktritt auf der andern Seite zu bestimmen. Man kann sie u. E. dann gegeneinander abgrenzen, wenn man zwei verschiedene Arten des Widerrufs unterscheidet, den mit rückwirkender Kraft begabten und den der rückwirkenden Kraft entbehrenden. Der erste ist die Form, in der bei verschiedenen Vertragsverhältnissen der Rücktritt erklärt wird, der andere nichts weiter als eine sprachliche Spielart der Kündigung. Dies erhellt aus einer Klarstellung der Begriffe der Kündigung und des Rücktritts: Die Kündigung will einem dauernden Vertragsverhältnis, dessen Endschaft

Pacht, Leihe, Darlehen, Dienstvertrag, Werkvertrag, Gesellschaft usw. die einzelnen für sie besonders gegebenen Kündigungsbestimmungen[74] zur Anwendung. Natürlich treten auch bei diesen übereinstimmende Züge hervor, so daß ein allgemeiner Begriff der Kündigung sich aus der Masse der Einzelbestimmungen herausformt. Aber diese Begriffsbildung ist Sache der Wissenschaft. Im Gesetz findet sie sich nicht. Die allgemeinen Lehren schweigen.

Man wird innerhalb der Kündigung, die man als empfangsbedürftige Willenserklärung zur bestimmungsgemäßen Lösung des obligatorischen Bandes erklären kann, zwei Arten unterscheiden müssen: Die Kündigung, welche der Einhaltung einer Kündigungsfrist bedarf, und die, welche der Einhaltung einer solchen Frist entbehren kann. Beide sind nicht nur in der verschiedenen Eignung für die Bedürfnisse des Lebens, sondern vor allem auch in ihrer rechtlichen Natur, namentlich in ihrer Einwirkung auf den Bestand des Vertragsverhältnisses, das sie zur Lösung zu bringen berufen sind, von-

---

noch nicht eingetreten, eine Grenze setzen; der Rücktritt dadurch, daß er die Willenserklärung angreift, die das Rechtsgeschäft erzeugt hat, das Rechtsgeschäft selbst rückwirkend zur Tilgung bringen. In den Fällen nun, in denen der Widerruf wie bei der Schenkung (§ 531 B.G.B) und der Stiftung (§ 81 B.G.B.) mit rückwirkender Kraft begabt ist, ist der Widerruf die Form, in die der Rücktritt gekleidet erscheint. Fehlt dagegen dem Widerruf die rückwirkende Kraft wie bei der Vollmacht (§ 168 B.G.B.), so fällt er begrifflich mit der Kündigung zusammen. Begrifflich spricht nichts dagegen, daß auch die Vollmacht „gekündigt" wird. Es besteht lediglich der feine sprachliche Unterschied, daß für Willenserklärungen der Ausdruck „Widerruf", für Vertragsverhältnisse das Wort „Kündigung" verwendet wird. Diese feinsinnige Unterscheidung leidet aber natürlich unter dem verwirrenden Gleichgebrauch des Wortes „Widerruf" für die, begrifflich ganz verschiedene, mit rückwirkender Kraft begabte Erklärung des Rücktritts bei Schenkung und Stiftung.

74. Vgl. für die Miete §§ 542 ff., 549, 553/555, 565/567, 569/570 B.G.B., für die Pacht §§ 595/596, für die Leihe § 605, für das Darlehen § 609, für den Dienstvertrag §§ 620/624, 626/629, für den Werkvertrag §§ 649/650 und für die Gesellschaft §§ 723/725, 736/737.

einander verschieden. Man kann diesen Unterschied dahin fassen, daß in dem einen Fall mit dem Eingang der Kündigungserklärung bei dem andern Teil der Vertrag alsbald aufgehoben ist, während im anderen Falle trotz dem Eingang der Kündigungserklärung bei dem Empfangsberechtigten das Vertragsverhältnis unverändert bis zum Ablauf der auf die Kündigungserklärung folgenden, für die verschiedenen Vertragsverhältnisse gesetzlich verschieden bestimmten, Frist fortdauert. Die Kündigung der letztgedachten Form bildet die Regel. Die Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist ist nur ausnahmsweise zugelassen.[75] Die Frage erhebt sich, welcher Art die für den vorliegenden Fall gegebene Kündigung ist, ob sie an eine Kündigungsfrist gebunden oder von dieser befreit ist.

Nach § 544 B.G.B. ist das Recht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, gegeben, wenn

„eine Wohnung oder ein anderer zum Aufenthalte von Menschen bestimmter Raum so beschaffen (ist), daß die

75. Es ist des Falls gedacht worden, daß der Mieter dem Vermieter eine Frist zur Beseitigung des Mangels setzt. Man könnte versucht sein, anzunehmen, daß, wenn der Vermieter diese Frist nutzlos verstreichen läßt, der Mieter ausziehen könne. Dies ist irrig. Denn in der Alternative, innerhalb des gewährten Zeitraums entweder die Rücknahme der polizeilichen Verfügung zu erwirken oder durch Abstellung der gerügten Mängel die Wohnung in bezugsfähigen Zustand zu bringen, kann eine stillschweigende Kündigung nicht gefunden werden. Aber auch wenn sie bei Setzung der Frist ausdrücklich verlautbart würde, kann sie nicht als ausreichend angesehen werden. Denn immer haftet ihr in dieser Form der Charakter des Bedingten an. Die Kündigung kann aber wirksam nur unbedingt erklärt werden. Hierüber sind Praxis und Wissenschaft einig (vgl. R.O.H.G. IV S. 341 und die bei Brückner a. a. O. S. 126 Anm. 1 angeführten Entscheidungen, ferner Dernburg a. a. O. II 1 S. 120, Mittelstein a. a. O. S. 221; abweichend Oertmann a. a. O. zu § 564 No. 2, b). Auch die Motive sprechen für die hier vertretene Auffassung. Vor allem aber beweisend ist § 542 Satz 2 B.G.B., der nicht davon spricht, wann die Kündigung das Vertragsverhältnis löst, von wann an sie wirksam, sondern nur erklärt, von wann an sie **„zulässig“** ist·

Benutzung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist."

Diesen Voraussetzungsrahmen erfüllt der vorliegende Tatbestand insofern, als wir für den Beziehungsbereich von Mieter zu Vermieter von dem Fehlen der Berechtigung zum Erlaß der Verfügung absehen wollten. Aber die Beweispflicht trifft den Mieter.[76] Er muß die erhebliche Gefährdung der Gesundheit bei Fortbenutzung der Wohnung nicht nur glaubhaft machen, sondern zweifelsfrei stellen. Das bedeutet eine erhebliche Belastung für ihn, weil ihn der Hinweis auf die behördliche Sperrung nicht der Verpflichtung überhebt, noch im einzelnen die gerügten Mängel als gesundheitsgefährlich zu erweisen. Allerdings soll nach der Erklärung der Protokolle[77] § 544 dazu berufen sein, polizeilichen Verfügungen zur Räumung gesundheitsgefährlicher Wohnungen als Stützpunkt zu dienen,[78] und die Eignung hierfür würde ihm fehlen, wenn eine Berufung des Mieters auf die obrigkeitliche Beanstandung nicht als genügender Beweis für die Gesundheitsgefährlichkeit der Wohnung zu gelten hätte. Dennoch kann diese Erwägung nicht durchgreifen, um in dem Hinweis des Mieters auf die Verfügung schon eine genügende Erfüllung seiner Beweispflicht zu sehen. Vielmehr muß eine davon vollkommen unabhängige, selbständige[79] Beweisführung von ihm gefordert

76. Dies ergibt die Fassung des Gesetzes.

77. II 230, 232; vgl. auch Brückner im „Recht" Jahrgang IV (1900) S. 115 sub c.

78. Gegen die öffentlich-rechtliche Bedeutung des § 544 B.G.B. aber Schultzenstein a. a. O. D.J.Z. IV 431—433; gegen die Unterschätzung seiner Bedeutung durch Schultzenstein Stier-Somlo Verwaltungsarchiv Bd. X S. 534/535.

79. Es ist der Beweis objektiver Gesundheitsgefährdung zu verlangen. Anders lag es im römischen Recht. Diesem genügte für den Auszug des Mieters, si timoris causa emigrasset. Die Quellen lassen damit unverkennbar persönliche, auf ihre Berechtigung nicht nachzuprüfende Gefühle (wie z. B. metus ruinae) entscheiden (vgl. l. 27 § 1 D. locati conducti 19,2; l. 28 D. de damno infecto et de suggrundo 39,2). —

werden. Der Mieter hat somit die Möglichkeit, fristlos zu kündigen, wenn er die Beiweislast auf sich nimmt. Da es sich aber um eine Beweislast handelt, die ins einzelne geht, und ein anderer Paragraph die Möglichkeit fristloser Kündigung gewährt, ohne eine solche Beweislast aufzubürden, wird der Mieter ratsam davon absehen, die rechtliche Grundlage seiner Kündigung in § 544 B.G.B. zu suchen.

Bedenkt man weiter, daß die Rechtmäßigkeit der Verfügung für den Beziehungsbereich von Mieter zu Vermieter nur wegen der Durchsichtigkeit des Aufbaus der Arbeit angenommen wurde und daß in Wirklichkeit — darin liegt das Eigentümliche unseres Tatbestands — der Verfügung die Berechtigung fehlt, so springt die Unmöglichkeit, sich auf § 544 B.G.B. zu berufen, ins Auge. Der Mieter kann die Gesundheitsgefährlichkeit der Mängel nicht erweisen, weil keine Mängel vorhanden sind.

Eine ohne Fristwahrung erklärte Kündigung wäre daher keine Kündigung. Ein ohne Einhaltung der Frist bewerkstelligter Auszug würde nicht von der Verpflichtung zur Fortentrichtung des Mietzinses entbinden.

Was der Mieter aber bei Berufung auf § 544 B.G.B. überhaupt nicht oder nur durch Uebernahme des Beweises erreichen würde — die Umgehung der Kündigungsfrist —, das erlangt er mühelos durch § 542 B.G.B. Dieser gibt ihm die Möglichkeit fristloser Kündigung, ohne ihn mit der Beweis-

---

Nach allgemeiner Annahme war die rechtliche Stellung des Mieters in Rom eine durchaus gedrückte und nur in den Anfängen entwickelt. Die eben erwähnte Bestimmung scheint dem zu widersprechen. Aber doch nicht unbedingt. Vielleicht waren die insulae, die Mietskasernen, so elende Bauten, daß diese Bestimmung als Mindestmaß sozialer Fürsorge der Zinsherren erschien. Vielleicht auch war sie nur darum gegeben, weil kein Gebrauch von ihr gemacht werden konnte. Die Abhängigkeit des Mieters von dem Vermieter mag so groß, die Auswahl an Wohnungen so klein gewesen sein, daß die gewährte Befugnis nicht zu verwirklichen gewesen.

last zu beschweren. Seine Bestimmung stellt dieses Recht ohne weiteres sicher:

„Wird dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der vermieteten Sache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wiederentzogen, so kann der Mieter ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen. Die Kündigung ist erst zulässig, wenn der Vermieter eine ihm von dem Mieter bestimmte angemessene Frist hat verstreichen lassen, ohne Abhilfe zu schaffen.“

Noch bestehen jedoch Bedenken, ob § 542 B.G.B. unseren Tatbestand umfaßt. Eine Gebrauchshinderung liegt in der polizeilichen Verfügung zweifellos beschlossen. Ob diese aber als „Wiederentziehung“ gelten kann, erscheint nicht zweifelfrei.[80] Die Geschichte des Paragraphen weist den Weg. Er soll nach den Motiven, entgegen früheren Gesetzgebungswerken, einen allgemeinen Grundsatz wiedergeben.[81] Er soll, ohne sich in ihnen zu erschöpfen, die Fälle umfassen, wo

„der Gebrauch durch Mängel der Sache aufgehoben oder gemindert oder durch das Recht eines Dritten ganz oder teilweise entzogen oder . . . auf andere Weise von Seiten des Vermieters oder eines Dritten gehindert oder geschmälert wird.“

Diese letzte Alternative deckt unseren Tatbestand. Denn der in jenen Worten der Motive zum Ausdruck gelangende Gedanke ist nicht gesetzgeberisches Motiv geblieben. Er hat in der weiten Fassung des § 542 seinen sichtbaren Nieder-

80. Die polizeiliche Hinderung des Gebrauchs wird als Kündigungsgrund erwähnt von Staudinger (Kober) Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse S. 305; vgl. auch die Ausführungen von Schöller in Gruchots Beiträgen Bd. XXXXVI S. 269.

81. vgl. Motive II 419; siehe auch A.L.R. I 21 §§ 273, 383, code civil art. 1722, 1724, 1741; Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch §§ 1213, 1221 und die in den Motiven a. a. O. aufgeführten gesetzgeberischen Versuche.

schlag gefunden, wie dies des Paragraphen zweiter Absatz beweist. Dieser setzt die Zulässigkeit einer Kündigung wegen „Hinderung“ des Gebrauchs als durch Absatz 1 gegeben ausdrücklich voraus. Damit entfallen alle Bedenken über die ausreichende Spannweite des § 542 B.G.B.

Eine so bequeme Kündigungsmöglichkeit könnte ausgebeutet werden. Daß dies nicht geschieht und sie nicht zu stark den Vermieter belastet, dafür sorgt der eben erwähnte zweite Absatz des § 542 B.G.B. Er läßt wegen unerheblicher Vorenthaltung oder Hinderung des Gebrauchs die Kündigung nur zu, wenn sie durch ein besonderes Interesse des Mieters gerechtfertigt wird. Darin liegt eine erhebliche, wenn auch berechtigte, Erschwerung. Zu weit geht sie nicht, da die Unerheblichkeit der Hinderung von dem Vermieter gegenbeweislich vorzubringen und der Mieter dieses Vorbringen wieder durch die von ihm zu beweisende Tatsache entkräften kann, daß ein besonderes Interesse auf seiner Seite die Kündigung rechtfertige.[82]

Für unseren Tatbestand wird sich die Erheblichkeit oder Unerheblichkeit der Hinderung in der Regel aus der räumlichen Erstreckung der polizeilichen Verfügung ergeben.

Aber wenn die Kündigung auch von dem Erfordernis der Fristeinhaltung befreit ist, so hat das Gesetz doch ein anderes, diesem Erfordernis fast gleichwertiges, Moment zur Bedingung erhoben. Nach § 542 B.G.B. ist die Kündigung unter die Voraussetzung gestellt, daß der Vermieter eine ihm von dem Mieter bestimmte angemessene Frist hat verstreichen lassen, ohne Abhilfe zu schaffen. Damit ist eine der Kündigungsfrist entsprechende, die Endschaft des Vertragsverhältnisses hinausschiebende Bedingung eingeführt, deren Eigentümlichkeit in ihrer Beweglichkeit liegt. Wenn Kündigungsfristen gesetzt wären, so würden diese zeitlich

---

82. Vgl. Planck a. a. O. zu § 542 sub 2 b, Mittelstein a. a. O. S. 118, Tumpowsky a. a. O. S. 81, anscheinend auch Oertmann a. a O. zu § 542 sub 4.

vom Gesetze unveränderlich umschrieben sein. Die dagegen vom Gesetz verlangte Frist, die der Kündigung voraufgehen (nicht wie eine Kündigungsfrist ihr folgen) muß, ist von jeder derartigen Gebundenheit befreit. Nur ihre Angemessenheit wird gefordert.

Wir haben die Frist (in § 9) unter dem Gesichtswinkel ihres möglichen Einflusses auf das Vertretenmüssen der Unmöglichkeit bereits betrachtet. Wir müssen noch einmal auf sie eingehen, um der Angemessenheit der Frist unsere Beachtung zu schenken.

Die Frist, die der Mieter, ehe er zur Kündigung schreitet, dem Vermieter zu setzen hat, muß eine „angemessene" sein. Ihre Angemessenheit hat im Bestreitungsfalle der Mieter zu beweisen.[83] Dieses ist zweifelsfrei. Dagegen kann ihre Länge zu Bedenken führen. Ist sie so reichlich bemessen, daß sie die für den gegebenen Fall angemessene überschreitet, so kommt die überschießende Zeitstrecke dem Vermieter zu Gute. Er kann noch bis zum Ablauf der Frist den Mangel heben. Da der Mieter sich selbst gebunden hat, kann er die Kündigung noch nicht erklären. Ist umgekehrt die Frist zu kurz bemessen, so ist die nach ihrem Verfluß erklärte Kündigung unwirksam. Fraglich bleibt dabei — und unter den Kommentatoren bestritten ist —, ob die verstrichene Frist in die dem Vermieter von neuem zu setzende miteinzubeziehen oder eine neue Vollfrist zu setzen ist, auf die die verflossene nicht in Ansatz gebracht werden kann. Die Stimmen von Schollmeyer und Planck[84] sprechen sich für

---

83. Dagegen braucht der Mieter bei der Setzung der Frist nicht die Erklärung hinzuzufügen, daß er nach ihrem fruchtlosen Verstreichen kündigen werde (anders also als bei den Fristen der §§ 326, 250 B.G.B.; vgl. Cosack a. a. O. S. 465/466).

84. Schollmeyer a. a. O. zu § 250 (S. 31); Planck a. a. O. zu § 250 (S. 19/20), der sich wenigstens im Zweifel so entscheidet. Entgegengesetzt Cosack a. a. O. S. 348, nach welchem „die Erklärungen nicht völlig ungültig sind, sondern d i e Nachfrist in Lauf setzen, welche tatsächlich als der ganzen Sachlage angemessen erscheint". Der Setzung

letztere Ansicht aus; Cosack nimmt einen entgegengesetzten Standpunkt ein. Man wird der Auffassung der Erstgenannten beipflichten müssen. Auch die von ihnen angeführten Gründe wird man gelten lassen können. Es ist richtig, daß andernfalls dem Mieter überhaupt nur die Setzung irgend einer „Präjudizialfrist" hätte aufgegeben zu werden brauchen und zunächst die Vorschrift überflüssig gewesen wäre, daß diese Frist angemessen sein müsse. Durchschlagender noch als dieser zwar sehr feine, aber nicht ganz überzeugende Grund ist ein anderer. Es wird dem Willen des Mieters meist entsprechen, daß die von ihm mit der Setzung der Frist bezweckte Rechtsfolge — die Hebung des Hindernisses — nur ausgeschlossen sein soll, wenn die gesetzte Frist auch wirklich eine angemessene war.

Die Anwendung dieses Gedankens ergibt, daß, wenn der Mieter dem Vermieter eine sich als nicht angemessen erweisende Frist, etwa von acht Tagen, setzte, eine völlig neue Frist zu bestimmen ist, die in keinem rechnerischen Zusammenhang mit der alten Frist stehen darf. Bevor diese neue Frist verstrichen, würde der Mieter nicht die Möglichkeit der Kündigung besitzen. Er ist auf die früher geschilderten Behelfe beschränkt. Nur e i n e — selbstverständliche — Ausnahme ist zu machen. Wenn der Mieter darum eine unangemessen kurze Frist setzte, weil eine nach dem Ablauf dieser Frist erfolgende Hebung des „Mangels" für ihn wertlos sein würde, so wird sein Kündigungsrecht dadurch nicht verkümmert. Denn ebenso wie er nach § 543, Absatz 1

---

einer neuen Frist würde es nach ihm nicht bedürfen. Die alte Frist läuft nach ihm vielmehr weiter, bis sie einen „angemessenen" Zeitraum erfüllt. Dieses Fortwirken einer einmal ausgelösten Erregung über den gewollten Wirkungsbereich hinaus ist aber in der mechanischen Art der Erklärung unnatürlich. Allerdings hat diese Ansicht neuerdings die Billigung des Reichsgerichts gefunden (Deutsche Juristen-Zeitung 1904 S. 313).

Satz 3[85] kündigen kann, ohne überhaupt eine Frist setzen zu müssen, wenn eine sofortige Hebung des Mangels sein Interesse an Erfüllung des Vertrages nicht wieder erwecken kann, genau so kann er ohne Wahrung einer „angemessenen Frist" kündigen, wenn eine nachträgliche Erfüllung zwar Wert für ihn besitzt, aber innerhalb eines Zeitraums liegen muß, der nicht als zur Hebung des Mangels ausreichend bezeichnet werden kann.

In dem Zwang zur Setzung einer vorgängigen, den besonderen Verhältnissen angepaßten, Frist und der Beweispflicht für ihre Angemessenheit liegt eine erhebliche Belastung des Mieters. Diese darf nicht zu weit gehen. Deshalb ist es für das Erwachsen des Kündigungsrechts unwesentlich, warum der Vermieter den „Mangel" nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist abstellte, also den von der Verfügung verlangten Zustand herstellte oder die Aufhebung der Verfügung erwirkte. Vor allem erfordert die Möglichkeit der Kündigung nicht das Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen. Staudinger (Kober) vertritt allerdings unter wörtlicher Uebernahme einer Satzfügung der Motive den entgegengesetzten Standpunkt und verlangt ein Verschulden des Vermieters.[86] Aber diese Auffassung kann nur in einem Irrtume wurzeln. Der erste Entwurf, auf den sich jene Stelle der Motive bezieht, hatte allerdings Verzug des Vermieters bei der Abstellung des Mangels gefordert. Aber er hatte „das Rücktrittsrecht für die Zukunft" noch an keine Fristsetzung gebunden.[87] Da mochte es angebracht sein, das Kündigungsrecht solange auszuschließen, als ein Verzug auf Seiten des Vermieters nicht

85. „Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Erfüllung des Vertrages in Folge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für den Mieter kein Interesse hat".

86. Staudinger (Kober) a. a. O. S. 305 sub C 1, Motive II S. 419 (unten), Reatz Die zweite Lesung des Entwurfs eines B.G.B. I S. 256, Tumpowski a. a. O. S. 77/78.

87. § 529 des ersten Entwurfs

vorliegt. Dem anders geformten Gesetzestexte gegenüber ist aber solche Auffassung nicht mehr zu halten.

Nur Angemessenheit der Frist wird verlangt. Ist dem Genüge geschehen, erheben sich gegen die Lösung des Vertragsverhältnisses durch Erklärung der Kündigung keine Bedenken. Es ist unerheblich, ob die Wohnung in ihrem ganzen Umfang oder nur zu einem Teil von der polizeilichen Verfügung betroffen wird. Ihre Beschränkung auf einen Raumteil führt zu keinem Ausschluß wie zu keiner Begrenzung des Kündigungsrechts. Es erstreckt sich auf die von der Verfügung nicht getroffenen Teile mit.[88] Ebenso unwesentlich ist es für die Kündigung, wer die Gebrauchshinderung zu vertreten hat. Es ist schon angedeutet worden, daß die Anwendbarkeit des § 542 insbesondere davon unabhängig gestaltet ist, ob der die Kündigung veranlassende Umstand von dem Vermieter zu vertreten ist. Sein Vertretenmüssen ist nur von Erheblichkeit, wenn der Mietzins bereits im Voraus entrichtet ist. Trifft dann die Vertretungslast den Vermieter, so ist er zur Herausgabe des Mietzinses nach Maßgabe des § 347 B.G.B.,[89] vor allem also mit vier vom Hundert Zinsen vom Empfange ab, verpflichtet. Ist er mit dem Vertretenmüssen nicht beschwert, so ist er nur zur Herausgabe nach den für ihn günstigeren Vorschriften über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 ff. B.G.B.) gehalten. Er wird insbesondere seiner Rückgabepflicht ledig, soweit er nicht mehr bereichert ist.[90]

---

88. Dies ergiebt § 542 Satz 1 („ganz oder zum Teil"). Die Anwendung des § 469, auf den § 543 verweist, erübrigt sich daher. Auch kann man unseres Erachtens bei einer aus mehreren Zimmern bestehenden Wohnung kaum von „mehreren Sachen" sprechen. Anders freilich Staudinger (Kober) a. a. O. S. 307.

89. Vgl. den letzten Satz des § 347 B.G.B. und § 246.

90. Siehe Titze a. a. O. S. 287, Mittelstein a. a. O. S. 125, Borcherdt a. a. O. S. 50. Bezüglich des Falls, daß die im Voraus entrichtete Gegenleistung nicht in Geld, sondern in Diensten oder in der Ueberlassung der Benutzung einer Sache besteht, vgl. Planck zu § 543 sub 2.

Dieses verschiedene Ergebnis, je nachdem der Kündigungsgrund von dem Vermieter zu vertreten ist oder nicht, läßt die Untersuchung, ob bei unverzüglicher Tätigkeit die Wohnung wieder in bezugsfähigen Zustand zu bringen gewesen, so daß ihr Verharren in dem beanstandeten Zustand dem Vermieter zur Last fällt, oder bei unverzüglicher Tätigkeit die Rücknahme der Verfügung zu erwirken gewesen wäre, so daß ihr Inkraftbleiben den Vermieter trifft, auch von anderem Gesichtspunkte aus beträchtlich erscheinen.

Im übrigen entspricht die Regelung des § 543, Absatz 2 den allgemeinen Lehren (§ 327 B.G.B.).

Ist der Mangel mit dem Ablauf der Frist nicht gehoben, so wird der Mieter zur Kündigung schreiten. Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, auf die alle für Willenserklärungen geltenden allgemeinen Vorschriften (besonders §§ 105, 107, 111, 130, 180 usw. B.G.B.) Anwendung leiden. Sie stellt eine Abart des Rücktritts dar, als dessen Teilform sie erscheint. Sie löst das Rechtsverhältnis für die Zukunft, wirkt ex nunc, nicht in die Vergangenheit, ex tunc.[91] Für die Zukunft wieder wirkt sie endgültig befreiend. Der Vermieter kann nicht verlangen, daß der Mieter später, wenn die Gebrauchshinderung beseitigt ist, wieder einziehe.[92] Andererseits wirkt sie in keiner Weise in die Vergangenheit zurück. Das kann außerordentlich bedeutsam werden. Stellen wir uns vor, daß B, der eine ihm liebgewordene Wohnung seit einer Anzahl von Jahren inne hat, zum 1. Juli ausziehen muß, weil das Haus niedergerissen werden soll. Er sieht sich früh nach einer neuen Wohnung um und findet im März bereits eine, die ihm zusagt. Sie soll

91. Motive II S. 211 Anm. 2.

92. Vgl. dazu Mommsen a. a. O. S. 344 und besonders l. 60 pr. D. locati conducti 19,2. Aus der Praxis vgl. Bolze XXI, 428: „Der Mieterin war nicht anzusinnen, wieder einzuziehen, wenn der Vermieter durch Veränderung der Wohnung den Grund der polizeilichen Verfügung beseitigt hatte“.

zum 1. April frei werden. B will sie erst zum Juli nehmen, der Wirt sie aber nur zum April abgeben. Um sich die Wohnung nicht entgehen zu lassen, entschließt sich B, sie vom April ab zu mieten, obwohl er so für ein Vierteljahr doppelt Miete zahlen muß. Er bleibt bis zum 1. Juli in der alten Wohnung wohnen, da er sich nur schwer von ihr trennen kann. Am 1. Juli wird die neue Wohnung polizeilich gesperrt! B setzt dem Vermieter der Wohnung eine Frist, die dieser vergeblich verstreichen läßt. Darauf kündigt B.

Wenn die Kündigung nun ihre Spitze nur in die Zukunft kehrte, würde sie für B alles andere als ein ausreichender Behelf sein. Denn sie würde ihm zu dem Rückempfang des für das verflossene Vierteljahr unnütz gezahlten Zinses nicht verhelfen. Sie würde dies können, wenn ihr rückwirkende Kraft gegeben wäre. Aber ein solches Rückwärtswirken der Kündigung muß bei ihrer ausgesprochen auf die Zukunft gerichteten Natur bestritten werden. Allerdings ist die Annahme ihrer Rückwirkung nicht ohne Vertreter geblieben.[93] Aber diese Auffassung kann nur als abwegig bezeichnet werden. Sie widerspricht durchaus der begrifflichen Natur der Kündigung. Ihre rückwirkende Kraft ist daher zu bestreiten, das Maß dessen, was mit ihr zu erreichen, als beschränkt anzusehen.

§ 11.

2. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und die Gründe seiner Versagung.

Die Frage entsteht, ob in der Lösung des Vertragsverhältnisses, wie sie die Kündigung schafft, für den Mieter die ultima ratio beschlossen liegt. Daß ihm an weiteren Rechten gelegen sein wird, ist augenfällig. Er mag die beanstandete Wohnung seit einem Jahrzehnt zu wohlfeilem, vertraglich

93. Vgl. Schöller in Gruchots Beiträgen Bd. XXXXVI S. 275 ff.

unsteigerbaren Mietzins innegehabt haben. Die Wohnungspreise sind inzwischen gestiegen. Er kann, zum Auszug gezwungen, nur zu bedeutend höherem Mietzins Unterkunft finden. Oder er findet eine passende Wohnung nicht sofort und muß eine Zeitlang mit zahlreicher Familie im Hotel leben. Oder auch: Er hatte in seiner bisherigen Wohnung ein Telephon mit dem Hauseigentümer vertraglich gemeinsam. In der neuen Wohnung muß er eines auf eigene Rechnung nehmen, da er keine Möglichkeit zum Anschluß bei einem Mitbewohner des Hauses findet. In diesen und vielen ähnlichen Fällen muß dem Mieter außerordentlich viel daran gelegen sein, von dem Vermieter Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages zu erlangen.[94] Ob der Schadensersatzanspruch aber gewährbar ist, erscheint voller Bedenken. Die Frage reicht an ein Problem heran, das die Beantwortung beträchtlich erschwert. Bei der Tragweite, die der Frage zweifellos zukommt, wird auf ein Eingehen auf dieses Problem nicht zu verzichten sein.

Um die Antwort vorwegzunehmen: Unseres Erachtens ist der Schadensersatzanspruch zu versagen. Dies ergibt rein formale Betrachtung. Erwägungen allgemeiner Natur haben vollkommen zu schweigen. Allerdings würde es den sozialen Bestrebungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs[95] entsprechen, sich möglichst zu Gunsten des — in der Regel — wirtschaftlich schwächeren Mieters zu entscheiden. Aber einmal spielt die Frage im letzten

94. Der Schadensersatzanspruch, der dem Mieter in § 9 zugestanden war, war unter die Bedingung eines Verschuldens des Vermieters gestellt. Er erstreckte sich ferner nur auf den, durch verspätete Rechtsmitteleinlegung oder verzögerte Hebung des „Mangels" entstandenen, Schaden. Der nun zu erörternde ist von diesen Beschränkungen frei gedacht. Er will den gesamten, den Mieter treffenden, Schaden umspannen. Er will von jedem Verschuldungsverhältnis losgelöst sein.

95. Planck Die sociale Tendenz des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Deutsche Juristen-Zeitung 1899 S. 183).

Grunde[96] wirtschaftlich gar nicht zwischen Mieter und Vermieter. Dann aber würde, auch wenn die Belastung den Vermieter letzten Endes träfe und von ihm nicht auf andere abzuwälzen wäre, seine zu starke Beschwerung nur die Folge haben, daß der Mieter wieder von ihm mit Lasten beschwert würde. In der Form von Mietaufschlägen würde der Vermieter ein Gegengewicht zu finden wissen. Betrachtungen weitgehender Natur können darum füglich, bei der Erörterung der Frage nach der Zulässigkeit des Schadensersatzanspruchs neben der Kündigung, ausgeschieden werden. Bloße formale Erwägungen bleiben.

In der Literatur sind die Ansichten darüber geteilt, ob der Mieter für den ihm nach der Lösung des Vertragsverhältnisses entstehenden Schaden mit Schadensersatzansprüchen vorgehen kann. Staudinger (Kober), Mittelstein, Borcherdt, Tumpowsky versagen den Schadensersatzanspruch.[97] Titze — wie auch wohl Cosack — wollen unterscheiden, ob der Kündigungsgrund von dem Vermieter zu vertreten ist oder nicht.[98] Nur im ersten Fall billigen sie dem Mieter einen Schadensersatzanspruch zu und beschränken diesen noch auf das negative Interesse. Umgekehrt wollen anscheinend Dernburg, Crome und Oertmann ununterschiedlich in beiden Fällen das volle positive Erfüllungsinteresse gewähren.[99] Doch wird die ganze Frage von den Schriftstellern fast durchgängig nur flüchtig berührt, so daß ihre Ansichten oftmals — wie bei Crome, Dernburg und Oertmann — wenig bestimmt hervortreten. Selten sind Begründungen beigefügt.

Für die unseres Erachtens notwendige Versagung des

96. Wie der zweite Teil dieser Arbeit klarlegen wird.

97. Staudinger (Kober) a. a. O. zu § 542 I b, S. 304; Mittelstein a. a. O. S. 125; Borcherdt a. a. O. S. 52; Tumpowsky a. a. O. S. 91.

98. Titze a. a. O. S. 286 (Text und Anm. 4), Cosack a. a. O. S. 466 in Verbindung mit S. 465 b. Cosacks Stellung tritt nicht ganz klar hervor. Tumpowsky (a. a. O.) faßt ihn anders auf als der Text.

99. Dernburg a. a. O. II 2 S. 162; Oertmann a. a. O. zu § 542 sub 3; Crome a. a. O. II S. 546.

Schadensersatzanspruchs spricht zunächst die Parallele mit § 553 B.G.B. Danach kann der Vermieter zwar ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen, wenn der Mieter ungeachtet einer Abmahnung einen vertragswidrigen, die Vermieterrechte erheblich verletzenden Gebrauch der Sache fortsetzt. Ein Anspruch auf Entschädigung aber ist nicht gegeben. Wenigstens ist ein solcher ausdrücklich nirgends anerkannt und für seine Ergänzung fehlt jede Handhabe.[100/101] Es ist aber nicht ersichtlich, warum dem nach § 542 kündigenden Mieter mehr Rechte zustehen sollten, als dem nach § 553 zur Kündigung schreitenden Vermieter. Die Ergänzung einer Schadensersatzverbindlichkeit zu § 542 würde auch die Hinzufügung eines Schadensersatzanspruchs zu § 553 notwendig machen. Eine solche wiederkehrende Ergänzung von Ansprüchen läßt sich aber durch keine Erwägung rechtfertigen.

Bezeichnender aber vielleicht noch als der Hinweis auf § 553, der von dem Schweigen des Gesetzes seinen Ausgang nimmt, ist der Vergleich mit den §§ 643, 645, Absatz 1, Satz 2 B.G.B., die den Anspruch auf Schadensersatz

---

100. Im gleichen Sinne Staudinger (Kober) zu § 553 sub 4 (S. 325), der auch — wohl ohne besonderen Erfolg — § 555 als Beweis verwerten will; Mittelstein a. a. O. S. 143, der sich auf die Freiwilligkeit der Kündigungserklärung auf Seiten des Vermieters beruft (was Schöller a. a. O. S. 283 Anm. 73 mit Recht einen „mageren Trost" nennt!); Tumpowsky a. a. O. S. 92, der sich Mittelstein anschließt. Auf entgegengesetztem Standpunkt, aber ohne ausreichende Begründung Schöller a. a. O. S. 281/283. Er will auch zu § 553 einen Anspruch auf Schadensersatz treten lassen. Dagegen sprechen in diesem Falle überhaupt nicht von einem Schadensersatzanspruch Crome II S. 550, Dernburg II 2 S. 167.

101. Verfehlt sind allerdings die Erwägungen, aus denen heraus sich Tumpowsky gegen eine solche Ergänzung ausspricht. Er findet es „hart", wenn man den seine Vertragspflicht verletzenden und darum von dem Vermieter auf die Straße gesetzten Mieter noch mit der Schadensersatzpflicht beschweren wollte! Aber der Mieter brauchte ja nicht die Vertragspflichten zu verletzen und das verletzende Verhalten trotz Abmahnung von Seiten des Vermieters fortzusetzen!

wegen Nichterfüllung zwar nicht ausdrücklich ausschließen, bei denen aber sein Ausschluß mit unbedingter Gewißheit aus der Zubilligung anderer, ihn ausschließender, Ansprüche zu folgern ist. Danach wird dem Unternehmer eines Werks, der kündigt, weil der Besteller eine zur Herstellung des Werkes erforderliche Handlung unterlassen und diese trotz einer nachträglichen Fristsetzung nicht nachgeholt hat, ausdrücklich nur eine Vergütung für den der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil und der Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen zugesprochen. Ein weitergehender Schadensersatzanspruch wird augenfällig ausgeschlossen. Warum, diese Frage drängt sich unwillkürlich auf, sollte man bei der Miete gewähren, was bei dem Werkvertrage versagt ist?

Die mietrechtlichen Schriftsteller, soweit sie überhaupt die Versagung des Schadensersatzanspruchs begründen, beruhigen sich auffallenderweise mit der Heranziehung des § 553 B.G.B. Selbst der Hinweis auf den Werkvertrag findet sich nirgends. Und doch kann den beiden auf Analogien gegründeten Schlüssen entscheidende Bedeutung nicht beigelegt werden. Denn in den Tatbeständen, die den §§ 553, 643, 645 zu Grunde liegen, handelt es sich um Parteirollen, die denen des vorliegenden Falles gerade entgegengesetzt sind. Im vorliegenden Fall soll ein Schadensersatzanspruch des Teils, der den Entgelt zu leisten, in jenen Fällen ein Ersatzanspruch des Teils begründet werden, der den Vertragsgegenstand gewährt oder herstellt! Damit wird der an sich schon anzuzweifelnde Wert der Analogien noch beträchtlich herabgesetzt. Es muß darum nach anderen Gründen für die Versagung des Anspruchs auf Schadensersatz geforscht werden. In Monographien über die Miete sind sie nicht zu finden. Dagegen ist in allgemeinen Untersuchungen ein reiches Beweisarsenal aufgehäuft, das nur der Ausnutzung für die eigentümliche Rechtsform der Miete harrt.[102]

102. Die folgende Beweisführung ist noch nirgends versucht worden

Man braucht sich nur die rechtliche Natur der Kündigung zu vergegenwärtigen, um zu erkennen, daß das Hinzutreten eines Schadensersatzanspruchs zur Kündigung begrifflich ausgeschlossen ist. Dies kann allerdings nur gelten, wenn man sich in einem vielumstrittenen Problem, in dem Meinung gegen Meinung steht, der einen von den, im Meinungskampf hervorgetretenen, Anschauungen anschließt. Aber da es die herrschende Auffassung ist, welche für unsere Zwecke ausschlaggebende Gründe liefert, so erscheint die Heranziehung des Problems trotz der damit verbundenen Weitschichtigkeit wohl berechtigt. —

Die Kündigung hat die Natur, das Mietverhältnis für die Zukunft zu lösen, das „funktionelle Synallagma"[103] aufzuheben. Wie der Vermieter von dem Empfange der Kündigungserklärung an von seiner Verpflichtung zur Gebrauchsgewährung frei wird, so der Mieter vom gleichen Zeitpunkt an von seiner Verbindlichkeit zur Mietzinsentrichtung.

Die Natur des Schadensersatzanspruchs ist — wenigstens nach der herrschenden Lehre[104] — eine gerade

---

Von entgegengesetztem Standpunkt aus hat jedoch Schöller a. a. O. S. 276 ff. eine ähnliche Begründung unternommen.

103. Der Ausdruck findet sich bei Titze (a. a. O. passim) und bei anderen.

104. Sie wird beispielsweise vertreten von Schollmeyer a. a. O. zu § 325 (S 204), Kipp bei Windscheid a. a. O. S. 308 (Schadensersatz „natürlich nur gegen die Gegenleistung"), Planck a. a. O. zu § 325 1 a (S. 101), Oertmann a. a. O. zu § 325 sub 1 a und in seiner „Vorteilsausgleichung usw." S. 52, Titze a. a. O. S. 183, Crome a. a. O. II 181 sub 3 a, Kleineidam a. a. O. S. 145, Kaufmann D. J. Z. 1899 S. 152, Götte ebenda S. 398, Jacobi Der Schadensersatz wegen Nicherfüllung S. 52 ff., der die Frage eingehend behandelt, Grossart a. a. O. S. 2, Kisch a. a. O. S. 132/133 Text und Anm. 24 und in eingehender Darlegung in Jherings Jahrbüchern Bd. XXXXIV S. 68 ff.: „Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen", wo er sich besonders gegen Schöllers Ansichten (vgl. Anm. 105) wendet, dessen dritter, in der vorliegenden Frage besonders bedeutsamer Aufsatz im 46. Bande von Gruchots Beiträgen ihm allerdings noch nicht vorgelegen hat. Vgl. auch die bei Kisch, Jherings Jahrbücher Bd. XXXXIV S. 69 Anm. 2 weiter Citierten.

entgegengesetzte. Er läßt das Schuldverhältnis mit seiner gegenseitigen Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung bestehen. Der Schadensersatz tritt als Surrogat an die Stelle der ursprünglichen Leistung des nicht erfüllenden Verpflichteten. Die Verpflichtung des anderen Teiles zur Bewirkung der eigenen Leistung bleibt vollkommen aufrecht.

Es entsteht nun ein unausgleichbarer Widerspruch, wollte man dem Mieter neben dem Kündigungsrecht auch das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung einräumen. Denn durch die Gewährung des Kündigungsrechts würde der Mieter von seiner Verpflichtung zur Mietzinsentrichtung befreit, durch die Zubilligung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zur Mietzinsentrichtung weiter verpflichtet!

Diesem Widerspruch würde man allerdings entgehen, wenn man sich der von Cosack, Staub, Schöller und anderen vorgetragenen[105] Auffassung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung anschließt. Nach ihnen löst sich, wenn Schadensersatz verlangt wird, der ganze gegenseitige Vertrag in einen, dem schadensersatzbegehrenden Teile zustehenden, Anspruch auf das Erfüllungsinteresse auf. Der Schadensersatz Begehrende wird von seiner Verpflichtung zur Bewirkung der vertraglichen Leistung frei.

Nach dieser Ansicht würde man begrifflich zu dem, dem Mieter zustehenden, Kündigungsrecht einen Schadensersatzanspruch hinzuergänzen können. Das Hindernis, das die herrschende Lehre dem entgegenstellt, daß die Kündigung den Mieter von weiterer Zinszahlung befreit, der Schadensersatzanspruch ihn weiter dazu verpflichtet, besteht bei dieser Auffassung des Schadensersatzanspruchs nicht. Die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs neben der Kündigung

---

105. Cosack a. a. O. S. 336, Staub Kommentar zum H.G.B. II Exkurs zu § 374 S. 1277 ff., Schöller in seiner Aufsatzreihe im XXXXIV, XXXXV, XXXXVI. Bande von Gruchots Beiträgen. Vgl. auch Oswalt D.J.Z. 1899 S. 214 und Schreier Die Lehre des B.G.B. von den gegenseitigen Verträgen (Inaug.-Diss.) S. 37.

ist denn auch in der Tat von Schöller versucht und durchgeführt worden.

Die uns beschäftigende Frage, ob man den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung neben der Kündigung gewähren kann, hängt somit von der Frage ab, ob das Schadensersatzbegehren den Vertrag bestehen läßt oder aufhebt. Damit ist das Problem, das unsere Frage beschattet, umschrieben.

Die Gründe, die dafür sprechen, daß — wie wir annehmen — das Schadensersatzbegehren den Vertrag in seinem Bestande unberührt läßt, sind zahlreich. Vor allem hätten die Gegner den Fortfall des „funktionellen Synallagmas" zu beweisen. Denn nicht sein Fortbestand, sondern sein Wegfall ist eine beweisbedürftige Tatsache.[106]. Dieser Beweis wird von ihnen nicht erbracht. Allerdings fehlt es nicht an Beweisen, die vorgebracht werden. Ehe die Gründe genannt werden, die für die von uns vertretene Auffassung sprechen, seien die gegnerischen zurückgewiesen.

Diese erweisen sich als geschichtlicher und sprachlicher Natur.[107] Sie können näherer Prüfung nicht standhalten.

So wird besonders zur Unterstützung der Ansicht, daß mit dem Verlangen des Schadensersatzes der ganze Vertrag in sich zusammenfalle und nur ein Anspruch des schadensersatzbegehrenden Teils auf das positive Erfüllungsinteresse übrig bleibe, die um Artikel 355 des alten Handelsgesetzbuchs gelagerte Rechtsprechung verwertet.

Es kann nun nicht geleugnet werden, daß nach der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts beim Lieferungsverzuge das Interesse des Käufers an die Stelle nicht nur der Verbindlichkeit des Verkäufers, sondern des ganzen Vertrages trat. Das Reichsoberhandelsgericht hat diese „Substitution des Interesses an Stelle des ursprünglichen Vertragsinhalts" ganz unumwunden ausgesprochen.[108]

106. Kisch in Jherings Jahrbüchern Bd. XXXXIV S. 85/86.
107. Jacobi a. a. O. S. 88
108. Jacobi a. a. O. S 69.

Aber so schwerwiegend diese höchstrichterliche Auffassung ins Gewicht fällt, so darf einmal nicht vergessen werden, daß diese Auffassung keine unbestrittene war,[109] und vor allem, daß in einem entsprechenden Falle — dem Zahlungsverzuge des Käufers — die entgegengesetzte Anschauung herrschend und im Gesetze begründet war. Hier war der Verkäufer, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung von dem säumigen Käufer begehrte, auf den Selbsthilfeverkauf angewiesen. Der Erlös des Selbsthilfeverkaufs trat als Surrogat an die Stelle der ursprünglichen Leistung.[110] Von einer Auflösung des Vertrags in eine bloße Interesseforderung des Verkäufers war keine Rede.

Dieses Festhalten des A.H.G.B. (Art. 354, 343) am Vertrage beim Zahlungsverzuge widerspricht der von den Gegnern vertretenen Auffassung der Auflösung des ganzen Vertrages in eine Interesseforderung des schadensersatzbegehrenden Teils. Es ist vor allem geeignet, den Beweisgrund abzuschwächen, der für die Gegner aus der Ausgestaltung der Rechtsfolgen des Lieferungsverzuges im A.H.G.B. fließt.

Immerhin bleibt die vom Reichsoberhandelsgericht beim Lieferungsverzug vertretene Auffassung kein unbeachtliches Argument für die Gegner — für die Zeit der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuchs.

Aber auch für das neue Recht soll nach der Meinung

109. Vgl. z. B. Römer „Das Recht desjenigen Kontrahenten, welcher einen Vertrag erfüllt hat, im Falle der Nichterfüllung von Seiten des anderen Kontrahenten“, Zeitschrift für Handelsrecht XIX S. 132 ff. (S. 133: „Das Interesse ist Surrogat der Leistung des ursprünglich geschuldeten Gegenstands“). Dazu Jacobi a. a. O. S 71 und Kisch Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit S. 132 Anm. 24.

110. Der Verkäufer musste erfüllen, nur nicht an den Käufer, sondern für Rechnung des Käufers an einen andern. Seine Ware zu behalten und einfach im Wege „abstrakter Schadensberechnung“ als seinen Schaden den Unterschied zwischen dem Wert der Ware und dem Werte der Gegenleistung anzugeben, war ihm nicht gestattet.

ihrer Anhänger die gegnerische Auffassung berechtigt sein. Die Denkschrift zum Entwurfe eines neuen Handelsgesetzbuchs spreche dies ausdrücklich (S. 218/219) aus.[111] Dem letzteren ist nicht zu widerstreiten. Aber einmal kann eine so entscheidende Bedeutung den Gesetzesmaterialien nicht zugestanden werden. Dann aber fehlt in den Erläuterungen der Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, dessen Vorschriften an die Stelle der weggefallenen §§ 345/357 A.H.G.B. getreten sind, jeglicher Anhalt für diese Annahme.

Immerhin sind diese geschichtlichen Gründe die stärksten, die die Gegner vortragen. Weniger beachtlich sind die Gründe, die sie aus dem Wortlaut des Gesetzes schöpfen. Es wird von gegnerischer Seite — namentlich von Schöller (Bd. XXXXIV, S. 616ff.) — darauf hingewiesen, daß das Recht des Gläubigers, bei teilweiser Unmöglichkeit Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten, vom Gesetze (§ 325 B.G.B.) gewährt ist, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn wertlos ist. Nicht sage das Gesetz, „wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit des andern Teils für ihn kein Interesse hat". Auf das Interesse an der Erfüllung des Vertrages komme es also an. Man könne aber nicht behaupten, daß der an teilweiser Erfüllung des Vertrages Uninteressierte Interesse daran haben könne, gegen das in Geld bestehende Surrogat der fremden Leistung seine eigene Leistung auszutauschen, wozu die gegnerische — also unsere — Auffassung zwänge. Auf den ersten Blick erscheint diese Beweisführung bestechend. Aber bei näherer Betrachtung fällt sie in sich zusammen. Denn ich kann ja sehr wohl Interesse daran haben, wenn dem anderen, zur Leistung von Doubletten verpflichteten, Vertragsteil die Leistung einer der Doubletten unmöglich geworden, unter Ablehnung der von ihm angebotenen anderen

111. Vgl. Staub a. a. O. S. 1277.

Doublette meine eigene Leistung, die in der Uebereignung eines für mich wertlosen Gegenstands besteht, zu bewirken und für den Nichtempfang der Doubletten mich in Geld zu entschädigen.[112]

Diese scharfsinnige Gesetzesauslegung, die Schöller versucht, kann also der, von uns vertretenen, Ansicht nicht zum Fallstrick werden. Aber die Gegner stellen neben ihre Gründe von geschichtlicher und sprachlicher Art auch noch solche logischer Natur, um die Berechtigung ihrer Ansicht zu erweisen. Auch diese sind zurückzuweisen. Doch empfiehlt sich für ihre Widerlegung nicht die Form der Verteidigungsstellung. Im Wege des Angriffs läßt sich die Schwäche jener, die Stärke unserer Gründe besser herausarbeiten.

Zunächst erhebt sich das Bedenken — wenn jetzt angriffsweise gegen die gegnerische Auffassung vorgegangen wird —, daß das Rücktrittsrecht, das das Gesetz neben dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewährt, bei der gegnerischen Struktur des Schadensersatzanspruchs vollkommen gegenstandlos wird. Wenn wirklich der Schadensersatzanspruch das Vertragsverhältnis zerstört und bloß der Anspruch auf das Geldsurrogat erwächst, wozu dann überhaupt noch bei einer von dem Gegner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung (§ 325 B.G.B.)[113]

112. Gegen die Schöllersche Behauptung (Bd. XXXXV S. 520), daß man damit, wie mit der ganzen diesseitigen Lehre, zu einem „Wertaustausch" statt zu einem „Güteraustausch" komme, Kisch in Jherings Jahrbüchern a. a. O. S. 84. — Ebensowenig durchschlagend wie die Berufung auf den Wortlaut des § 325 Abs. 1 Satz 2 ist die auf den des § 326. Schöller gibt sie selbst (Bd. XXXXIV S. 623) als theoretisch widerlegbar zu. — Daß auch die Entstehungsgeschichte des § 326 nicht für die gegnerische Auffassung spricht, darüber vergl. Oertmann Vorteilsausgleichung S. 53 ff.

113. Bei der allgemeinen Natur dieser Untersuchung kann die Tatsache, daß der vorliegende Fall eine von keinem Teil zu vertretende Unmöglichkeit darstellt, in diesem Zusammenhang natürlich keine die anderen Formen der Unmöglichkeit ausschließende Bedeutung haben.

die Gewährung des Rücktrittsrechts? Stellt es doch nur ein minderes gegenüber dem Schadensersatzanspruch dar, in dem es aufgeht! Daß man, wenn man den Schadensersatzanspruch geltend macht, auf einen Teil des Anspruchs verzichten und mit der Aufhebung des Vertrages sich begnügen kann, ohne den Ausgleich des entstandenen Schadens zu fordern — das ist eine Selbstverständlichkeit, die das Gesetz nicht durch besondere Gewährung eines Rücktrittsrechts hätte zu betonen brauchen.[114]

114. Weder Schöller, noch Cosack, noch Staub vermögen diesen Einwand zu widerlegen (vgl. z. B. Schöller XXXXV S. 663 ff., Staub a. a. O. S. 1278 Anm. 21, auch Kisch a. a. O. S. 119, Jacobi a. a. O. S. 74 ff.). Staub und Cosack suchen allerdings einen wesentlichen Unterschied zwischen den Rücktritts- und den Schadensersatzfolgen aufzudecken und bestreiten, daß Schadensersatz und Rücktritt bloß im Verhältnis von Mehr und Weniger zu einander ständen. Den Unterschied finden sie in dem Fall, wenn der Schadensersatz verlangende Gläubiger seine Gegenleistung bereits, ganz oder teilweise, an den vertragsverletzenden Teil bewirkt hat. Während ihm im Falle des Rücktritts das Recht zustehe, die Leistung herauszubegehren, stehe ihm beim Verlangen des Schadensersatzes dieses Recht nicht zu. Aber gegen die Berechtigung dieser Unterscheidung muß Einspruch erhoben werden. Wenn das Verlangen des Schadensersatzes — wie die Gegner lehren — zur Aufhebung des Vertrages und zum Erlöschen der Verbindlichkeit des Schadensersatz verlangenden Teiles führt, so erweist sich nachträglich die von ihm bereits vollzogene Leistung als sine causa vollzogen. Es ist in keiner Weise ersichtlich, warum der Anspruch auf Rückgewähr mittels condictio causa finita ausgeschlossen sein sollte. Ihn zurückzuweisen und gerade in seiner Zurückweisung beim Schadensersatzbegehren und seiner Zubilligung beim Verlangen des Rücktritts den Unterschied zwischen Schadensersatz und Rücktritt zu sehen, ist eine Auffassung, für die sich beachtliche Gründe nicht beibringen lassen. Der Unterschied wird denn auch von einem der Hauptvertreter der gegnerischen Lehre, von Schöller, geleugnet (a. a. O. S. 523 Anm. 14. vgl. auch Jacobi a. a. O. Anm. 37, der auf die auffallende Sinnesänderung Schöllers in Bd. XXXXVI S. 12 hinweist). Unsere Behauptung, daß nach der gegnerischen Auffassung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Rücktritt nur als seine Teilform erscheine und seine besondere Gewährung im Gesetze von Ueberfluß sei, erscheint somit unerschüttert.

Aber nicht das bloß ist das Bedenkliche, daß nach der gegnerischen Lehre der Schadensersatzanspruch das Rücktrittsrecht aufsaugt. Weiter noch und am entschiedendsten spricht wider die gegnerische Formung des Schadensersatzanspruchs als eines den ganzen Vertrag auflösenden und in eine einseitige Interesseforderung wandelnden Anspruchs, daß nach dieser Auffassung Schadensersatz und Rücktritt — durch Zubilligung des Schadensersatzanspruchs — zugleich gewährt würden. Da der Schadensersatzanspruch nach gegnerischer Meinung beide als Bestandteile in sich begreift, so würde dadurch ein Nebeneinander dieser Ansprüche geschaffen werden, das der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes und wiederholten Erklärungen der Motive widerspricht. Rein begrifflich schließen sich Schadensersatz und Rücktritt allerdings nicht aus.[115] Aber diese Erwägungen allgemeiner Natur haben dem vorhandenen Gesetzesstoffe gegenüber zu schweigen. Dieser spricht mit nicht zu verkennender Deutlichkeit gegen jede Vermischung von Schadensersatz und Rücktritt, wie sie in der gegnerischen Auffassung gelegen. § 325 B.G.B. erklärt ausdrücklich, daß der vertragstreue Teil „Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten" kann. Und die Motive[116] sagen mit nicht mißzuverstehender Schärfe:

---

115. Eine Reihe von Gesetzen und gesetzgeberischen Versuchen erkennt sie auch tatsächlich nebeneinander an. Vgl. Kisch (in Jherings Jahrbüchern a. a. O. S. 108 und in den „Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit usw." S. 152 Anm. 3), der auf die englischen, französischen, italienischen, spanischen und zahlreiche andere ausländische Gesetze, auf den bayrischen Entwurf und das Schweizer Obligationenrecht verweist. — Siehe auch A.L.R. I 21 §§ 272/273 (dazu Dernburg Preußisches Privatrecht II S. 472 Anm. 21 und Förster-Eccius Preußisches Privatrecht II S. 175, welch letzerer allerdings zugibt, daß das Bindewörtchen „oder", durch das die beiden Ansprüche im Gesetze verbunden sind, Zweifel erregen könnte; vgl. auch Entscheidungen des Obertribunals Bd. LXXV S. 74) und code civil Art. 1184.

116. II S. 210/211.

„Rücktritt und aus dem Vertrag entspringender Anspruch auf Schadensersatz schließen sich aus. Denn der Rücktritt soll die Beteiligten in die Lage versetzen, als ob der Vertrag nicht geschlossen wäre. Hiermit verträgt sich ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse nicht."

Diese Sätze bringen die gegnerische Auffassung zu Fall. Mit der von uns vertretenen, die Gegensätzlichkeit von Schadensersatz und Rücktritt betonenden Lehre, wonach beim Schadensersatzbegehren der obligatorische Nexus und die ganze gegenseitige Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung unberührt bleiben, stimmen diese Aeußerungen dagegen in jeder Weise zusammen.

Also: Schadensersatz und Rücktritt sind miteinander unverträgliche Begriffe. Das Gesetz hat an dieser Gegensätzlichkeit durchweg festgehalten. Ausnahmen finden sich nicht. Soweit sich anscheinend Ausnahmen geben, beziehen sie sich nicht auf das Verhältnis von Schadensersatz und Rücktritt, sondern auf das von Schadensersatz und Kündigung. Eine allgemeine Bedeutung kommt aber auch diesen Fällen nicht zu. Sie haben lediglich die Natur von Ausnahmebestimmungen. Denn man kann schlechterdings nicht das ausschließende Verhältnis von Schadensersatz und Rücktritt behaupten und das von Schadensersatz und Kündigung bestreiten. Dazu sind die Begriffe des Rücktritts und der Kündigung zu eng verwandte.[117] Wie der Rücktritt das Schuldverhältnis löst, so auch die Kündigung. Auch mit ihr ist daher der Schadensersatzanspruch, der den schadensersatzverlangenden Teil zur Entrichtung seiner Leistung weiter verbindet und den Vertrag gerade in seinem Bestande aufrecht erhält, u n v e r e i n b a r. Es ist daher eine durchaus ungewöhnliche Regelung, wenn nach § 628 Abs. 2 B.G.B.[118] der durch sein vertragswidriges Verhalten den anderen Teil zur Kündigung veranlassende Dienstberechtigte oder Dienst-

117. Schöller XXXXV S. 508.

118. Schöller a. a. O. Vgl. auch § 70 Abs. 2 H.G.B.

verpflichtete dem anderen zum Ersatze des, durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden, Schadens verpflichtet ist. Es ist gleichfalls völlig aus dem Rahmen fallend, wenn nach § 627 Abs. 2 Satz 2 B.G.B. bei einer ohne wichtigen Grund unzeitig erfolgenden Kündigung eine Schadensersatzpflicht auf dem Kündigenden lastet[119] und nach § 19 Satz 3 der Konkursordnung der Vermieter bei Kündigung eines vom Gemeinschuldner bereits angetretenen Mietverhältnisses durch den Konkursverwalter Anspruch auf Schadensersatz hat.[120] Diese Bestimmungen sind nicht zu verallgemeinern. Eine symptomatische Bedeutung kann ihnen schon um deswillen nicht beiwohnen, weil es gar nicht der gleiche Vertragsteil ist, der kündigt und Schadensersatz verlangt. Immer der eine kündigt und der andere beansprucht Ersatz seines Schadens. So wenig diese Verschiebung die auffallende Regelung erklärt und so wenig sie die dieser innewohnende Begriffswidrigkeit abzuschwächen vermag, so bedeutsam ist sie als Hemmschuh gegen alle Versuche, die ungewöhnliche Gestaltung dieser Fälle auch auf d e n auszudehnen, wo der kündigende Vertragsteil zugleich der den Schadensersatz begehrende ist.

Wir sind an unserem Ausgangspunkt angelangt. Rücktritt und Schadensersatz schließen sich aus.[121] Was für den

119. Vgl. die entsprechende Regelung bei operae liberales (§ 627 Abs. 1), beim Auftrage (§ 671 Abs. 2), bei einem Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675) und bei dem Gesellschaftsvertrage (§ 723). Vgl. auch Schöller a. a. O. S. 516, insbesondere Anm. 8.

120. Schöller a. a. O. S. 516, Staub a. a. O. S. 1277/1278 Anm. 21. Vgl. auch den Einwand von Jacobi a. a. O. S. 85 und Kisch in Jherrings Jahrbüchern S. 117 ff.

121. Keine Ausnahme enthält § 376 H.G.B., nach dem als Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim Fixkauf von börsen- oder marktgängigen Waren der Unterschied des Kaufpreises und des Börsen- oder Marktpreises zur Zeit und am Ort der geschuldeten Leistung gefordert werden kann. Eine Verpflichtung zum Leistungsvollzuge scheint in diesem Fall für den zur Kaufpreiszahlung verbundenen Teil nicht

Rücktritt gilt, hat auch für die Kündigung Geltung. Auch wenn diese erklärt ist, ist das Verlangen eines Schadensersatzes ausgeschlossen. Die Ausnahmen, die sich finden, haben für Tatbestände, die gleich dem unseren gelagert sind, keine Bedeutung. Damit ist der Beweis erbracht, daß im vorliegenden Fall die Möglichkeit, dem Mieter neben dem Kündigungsrecht einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung für den ihm entstehenden Schaden zu gewähren, nicht besteht. Daß darin eine große Schädigung des Mieters liegen kann, wird nicht bestritten werden können. So wünschenswert auch eine andere Regelung im Interesse des Mieters erscheinen mag, so wenig ist die Möglichkeit dem geltenden Rechte gegenüber gegeben.[122] Vom Vermieter kann der Mieter einen vollen Ausgleich seines Schadens nicht erlangen.

zu bestehen. Aber diese Befreiung von den Vertragspflichten ist nur eine scheinbare. In Wirklichkeit dauert die Leistungspflicht an, und es tritt nur von selbst, kraft Gesetzes, eine Aufrechnung der Kaufpreisschuld mit der Schadensersatzforderung ein. Wie Oertmann (Vorteilsausgleichung S. 57) sehr fein bemerkt, es lebt die alte Martinussche Lehre vom ipso jure compensari wieder auf.

122. Anders, von seiner entgegengesetzten Auffassung der Natur des Schadensersatzanspruches aus, Schöller (Bd. XXXXVI S. 276 ff. sub Ziffer. 5), der dem Mieter den Schadensersatzanspruch nicht nur unter den Voraussetzungen der §§ 325, 326 B.G.B., sondern unter den weiter gefaßten des § 542 gewähren will, vorausgesetzt, daß der Vermieter den Kündigungsgrund zu vertreten hat, im vorliegenden Fall also immer dann, wenn der Vermieter die ihm von dem Mieter gesetzte Frist nutzlos hat verstreichen lassen. (Dernburg will den Schadensersatzanspruch unter den Voraussetzungen des § 538 B.G.B. gewähren. Wenn der die Kündigung veranlassende Mangel bereits beim Abschlusse des Vertrages vorhanden war, verlangt Dernberg nicht einmal vermieterisches Verschulden. Dies sei hier nur der Seltsamkeit wegen vermerkt. Dernburg geht damit noch über Schöller hinaus. Anders wird er allerdings von diesem selbst (a. a. O. S. 279 Anm. 70 verstanden). Sonderbar und gegen ihn sprechend sind übrigens die Folgerungen, zu denen Schöller folgerichtig hinsichtlich der Kündigung und des Schadensersatzes kommt (l. c.).

Kapitel II.

Die Ansprüche des Mieters und Vermieters gegen die Polizei.

§ 12.

Allgemeines.

Die vertraglichen Beziehungen sind erschöpft. Will der Mieter auch den Schaden ausgeglichen haben, dessen Ausgleich er von dem Vermieter nicht erlangen kann, so muß er zu außervertraglichen Beziehungen greifen. Die Polizei hat durch die von ihr erlassene Verfügung die Schadensreihe angeregt. An sie muß sich der Mieter wegen des Schadens, der ihm entstanden, zu halten suchen.

Es sind doppelte Gründe, die ihn dazu veranlassen werden: Einmal das Bestreben, für den, ihm trotz der Kündigung erwachsenden, Schaden, für den er den Vermieter nicht in Anspruch nehmen kann, auf andere Weise Ersatz zu erlangen; und dann das mehr in wirtschaftlichen Erwägungen wurzelnde Bemühen, möglichst mehrere zur Ausgleichung Verpflichtete zu erhalten, um bei etwaiger Mittellosigkeit des einen Inanspruchgenommenen auf die andern zurückgreifen zu können.

Aber ist es nicht nur der Mieter, der sich an die Polizei, den Beamten, mit dem Verlangen um Ausgleich entstandenen Schadens wenden wird. Häufiger noch wird sie der *Vermieter* in Anspruch nehmen. Denn der Mieter erhält auf andere Weise immerhin einen gewissen Ausgleich. Das Schuldverhältnis, das ihn mit dem Vermieter verbindet, schafft

für ihn die Möglichkeit einer Rechtsverfolgung, durch die er wenigstens einen Teilausgleich erreicht. Das Recht, den Mietzins zu weigern oder zu kürzen, das stellvertretende commodum zu fordern, Schadensersatz wegen Nichterfüllung für einen allerdings sehr beschränkten Teil seines Schadens (§ 9) zu verlangen, und schließlich die Möglichkeit, kündigen zu können — sie sind beträchtlich genug, um das Interesse des Mieters an der Inanspruchnahme des Beamten abzuschwächen, wenn auch nicht stark genug, um es auszuschließen. Anders liegen die Verhältnisse für den Vermieter. In eben dem Maße, in dem sich das Interesse des Mieters an einem Rückgriff gegen den Beamten mindert, steigert sich das des Vermieters. Was jenen befriedigt, belastet ihn. Alle Rechte, die jenem gegeben sind, wenden gegen ihn ihre Spitze. Seine Belastung ist dadurch eine erhebliche. Obendrein ist sie unbillig. Denn ihn trifft für die Entstehung des Schadens kein Verschulden.[123] Er hat die zum Schaden führende Ursachenkette nicht angeregt. Immer ist es vielmehr die Polizei, auf die alles hinführt. An sie wird sich auch der Vermieter mit seinen Ansprüchen halten müssen. Auf sie wird er die ihn durch den Mieter treffende Belastung weiterzuwälzen suchen.

Aber nicht nur dieser ihm mittelbar, durch die Verpflichtung der Rückvergütung an den Mieter, entstehende Schaden wird den Vermieter auf den Beamten weisen. Häufig wird ihm auch persönlich und unmittelbar Schaden erwachsen, der ihn zum Rückgriff gegen den Beamten zwingt. Es ist nicht selten, daß, wenn der Mieter infolge der polizeilichen Verfügung die Wohnung aufgibt, sich nicht sofort, etwa mitten im Monat, ein neuer Bewohner findet. Das Recht des Mieters, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, wird diese Gestaltung besonders häufig

123. Der eigenartige Fall (der oben geschildert wurde), wo ihn das Verschulden trifft, ist eine Ausnahme. Er kann an dieser Stelle usgeschieden werden.

machen. Das Odium, das der polizeilich gesperrten Wohnung anhaftet, auch wenn die Grundlosigkeit der Verfügung offenkundig ist, wird auch die Wiedervermietung erschweren. Der Vermieter erleidet dadurch Ausfälle, für den er den Beamten ebenfalls in Anspruch nehmen wird.

Das Vorgehen gegen Beamte ist, im allgemeinen, unter zahlreiche Voraussetzungen gestellt, die eine Inanspruchnahme außerordentlich erschweren. Teilweise wird durch sie die Haftung geradezu ausgeschlossen.

Die Inanspruchnahme eines Beamten wegen einer von ihm erlassenen polizeilichen Verfügung ist vollends unter Erschwerungen gestellt. Für die Verfolgung sind noch weitere, die Gangbarkeit des Weges besonders behindernde, Voraussetzungen bestimmt.

Es wäre zwecklos und würde zu Wiederholungen führen, wollte man diese für das Vorgehen des Mieters wie des Vermieters in gleicher Weise geltenden Voraussetzungen bei der Untersuchung des Verhältnisses des Mieters zur Polizei und der des Vermieters zur Polizei gesondert behandeln. Besser wird für den mieterischen und den vermieterischen Anspruch gemeinsam der Voraussetzungsrahmen untersucht, unter den ein wirksames Vorgehen gegen den Beamten gesetzlich gestellt ist. Ehe jedoch mit diesen übereinstimmenden Untersuchungen begonnen werden kann, muß erst der Verpflichtungsgrund aufgesucht werden, auf den Mieter und Vermieter ihre Ansprüche gegen den Beamten zu gründen haben. Dabei kann von der Sonderstellung abgesehen werden, die ein Beamter gegenüber einer Rechtsverfolgung einnimmt. Erst wenn die Frage nach der Grundlage der Ansprüche geklärt ist, tritt die Beamteneigenschaft in ihrer umgestaltenden Bedeutung wieder hervor.

§ 13.

Der Nachweis fahrlässigen oder vorsätzlichen Handelns des Beamten als Voraussetzung seiner Inanspruchnahme.

Aber auch die Untersuchung des Verpflichtungsgrundes als des Stützpunktes der Ansprüche des Mieters und des Vermieters gegen den Beamten verlangt einige vorausgeschickte Erwägungen.

Leitend hat das zu sein, daß ein Handeln des Beamten, das weder vorsätzlich noch fahrlässig ist, nicht zum Schadensersatz verbindet. Diese — für das Vorgehen von Mieter wie Vermieter gleich bedeutungsvolle — Bestimmung verlangt schärferes Erfassen und damit nähere Betrachtung.

In welche Formel wir auch das Beziehungsverhältnis von Mieter und Vermieter zur Polizei bringen werden, immer wird sich dieses als vom Schulddogma beherrscht erweisen.[124] Ein bloßer Irrtum beim Erlasse der Verfügung kann den Beamten niemals zum Schadensersatze verbinden. Er mag zu einer Rüge führen, die den Innendienst betrifft. Eine zivilistische Entschädigungspflicht dagegen kann von dem irrigen, nicht fahrlässigen Handeln nicht ihren Ausgang nehmen.[125] Allerdings ist „ein Irrtum über die Un-

124. Ueber den Schuldgedanken setzt sich anscheinend § 13 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 hinweg. Ganz allgemein scheint er eine Verantwortlichkeit des Beamten für die „Gesetzmässigkeit seiner amtlichen Handlungen“ aufstellen zu wollen. Doch widerlegen diese Auffassung die parlamentarischen Verhandlungen. Der Paragraph will weiter nichts, als die gerichtliche Verfolgbarkeit von Schadensersatzansprüchen gegenüber Beamten zur Anerkennung bringen. Die Gesetzesfassung ist danach eine unglückliche zu nennen. Vgl. Klewitz Die Entschädigungspflicht aus rechtswidrigen Amtshandlungen S. 22 Anm. 1 und die dort Genannten.

125. Schärfer als das moderne Recht ging das A.L.R. II 10 §§ 88, 89 vor, nach dem ein jeder, der ein Amt annahm, „auf die pflichtmässige Führung die genaueste Aufmerksamkeit gründen“ und jedes Versehen vertreten mußte, „welches bei gehöriger Aufmerksamkeit und nach den Kenntnissen, die bei der Verwaltung des Amtes gefordert werden, hätte vermieden werden können und sollen“. Hieraus würde

gesetzmäßigkeit seines amtlichen Verhaltens stets ein unentschuldbarer und gilt als ein von ihm — dem Beamten — zu vertretendes Versehen".[126] Eine im Irrtum geschehene Ueberschreitung der „allgemeinen Grenzen der Zuständigkeit" wird wie jede Irrung im „Rechtspunkt" unbedingt verpflichtend.[127] Aber ein Irrtum über Tatsachen, etwa die Verkennung der für die Feuchtigkeit einer Wohnung charakteristischen Symptome, kann häufig seinen Grund in einem völlig entschuldbaren, ohne Verletzung der Dienstpflicht möglichen, Irrtum haben. Er würde niemals eine Schadensersatzverbindlichkeit auslösen können. Darin kommt die Ablehnung der germanischen Anschauung, die eine Haftung für „Ungefährwerke" kannte, zum Ausdruck. Nur ein Verschulden, das wieder in der Form des Vorsatzes als des bewußt rechtswidrigen Willens oder der Fahrlässigkeit als eines die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lassenden Handelns[128] erscheinen kann, vermag

---

sich, genau genommen, die Verpflichtung ergeben haben, auch für geringes Versehen einzustehen. Das Obertribunal hat jedoch die vorerwähnten Paragraphen in der Weise ausgelegt, daß sich die Haftung des Beamten auf mässiges Versehen beschränkte. Vgl. Förster-Eccius Preußisches Privatrecht II S. 498, Dernburg Preußisches Privatrecht II S. 924 Anm. 6.

126. Laband Das Staatsrecht Des Deutschen Reichs I S. 434.

127. Mayer Deutsches Verwaltungsrecht I S. 228/229.

128. In gleicher Weise sucht den Fahrlässigkeitsbegriff aus § 276 B.G.B. zu gewinnen Rotschild Die Haftung des Justizbeamten und des Staates aus unerlaubten Amtshandlungen S. 65. — Angegriffen wird diese Uebertragung des zivilistischen Verschuldungsbegriffs auf unerlaubte Handlungen von Meltz Die Beamtenhaftpflicht nach § 839 B.G.B., S. 17/29 (vgl. auch Klewitz a. a. O. S. 20 ff.) Ihm gilt nicht die Nichtanwendung der verkehrsüblichen Sorgfalt als untere Verschuldensgrenze. Dies würde nach seiner Ansicht einen Rückfall in die alte Erfolghaftung bedeuten. Eine individuelle Behandlung des Verschuldens sei vielmehr in jedem einzelnen Falle zu fordern, ein „moralischer Mangel" (S 21) des schädigenden Beamten zur Schuld unumgänglich. Ein solcher Mangel liege dann noch nicht vor, wenn das Versehen einem Beamten mit durchschnittlichen Anlagen nicht untergelaufen wäre.

eine Verpflichtung zur Abgeltung entstandenen Schadens zu erzeugen.[129] Es ist vom Reichsgericht[130] ausdrücklich er-

Denn das Erkennen oder Nichterkennen eines Fehlers fliesse aus der Erkenntnisfähigkeit. Für sie trage der Beamte nicht die Verantwortung, möge ihre geringere Stärke nun in seiner dauernden Anlage wurzeln oder aus Trübungen infolge vorübergehender Stimmungen fliessen. Die Inanspruchnahme des Beamten verpflichte zu einem doppelten Nachweis: Einmal, dass er eine hinreichende Erkenntnisfähigkeit besessen, um Fehler, wie den begangenen, zu vermeiden, und zweitens, daß zu dieser Verstandesschuld eine Willensschuld getreten, indem er das Vermeidbare nicht habe vermeiden wollen. Der Beweis der Schuld ist bei diesen gesteigerten Aufforderungen, wie Meltz selbst nicht verkennt, kaum zu führen. In der einzuführenden allgemeinen Haftung des Staates für Versehen seiner Beamten sieht er den notwendigen und genügenden Ausgleich. — Aber diese Ausführungen sind nicht nur abwegig, sondern geben auch im Grunde nur mit anderen Worten den von v. Liszt für das Strafrecht aufgestellten Fahrlässigkeitsbegriff wieder. v. Liszt sucht (Lehrbuch S. 162/163) die beiden im Fahrlässigkeitsbegriff enthaltenen Bestandteile (die Verstandes- und die Willensschuld) zu einer Einheit zusammenzufassen und überwindet die Frage, ob objektives oder subjektives Verschulden, durch die Antwort: objektives und subjektives Verschulden. Nichts anderes aber will Meltz! Diese Uebertragung des Fahrlässigkeitsbegriffs mit seiner die Verantwortlichkeit so bedenklich herabstimmenden Form auf das Zivilrecht muss aber, auch für ausservertragliche Verhältnisse, abgelehnt werden. Sie würde an den Erfordernissen des Lebens ebenso scheitern wie die Uebertragung der strengen Causalitätslehren aus dem Strafrecht in das bürgerliche Recht! (Anders — allerdings ohne Begründung — v. Liszt Deliktsobligationen S. 55). — Im übrigen lässt Meltz sein eigener Begriff bei Auslegung des § 839 Abs. 3 B.G.B. im Stich.

129. Vergleiche § 839 B.G.B.:

„Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen".

Ueber das Verhältnis dieses Paragraphen zu § 13 des Reichsbeamtengesetzes vgl. Meltz a. a. O. S. 3.

Ganz allgemein tritt dieser Uebertragung der zivilrechtlichen Vorstellungsformen auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse, wie sie in der Unterstellung der Schadensersatzverbindlichkeit des Beamten unter das Schulddogma zum Ausdruck kommt, Otto Mayer in seiner kleinen, Schrift: „Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht"

klärt worden, daß ein Beamter, der „aus dem Ergebnis der Ermittelungen die Ueberzeugung schöpfte“, mit Beanstandungen vorgehen zu müssen, die sich nachträglich als unberechtigt erweisen, in „rechtmäßiger Ausübung seiner amtlichen Befugnisse“ sich befunden hat. „Er war durch sein Amt nur verpflichtet, nach bestem Können die gegebene Sachlage zu beurteilen, und wenn er bei der Beurteilung des Beweisergebnisses geirrt haben sollte..., so würde dadurch seine amtliche Handlungsweise nicht als eine gesetzwidrige erscheinen“.

Zwischen einem ausgesprochen fahrlässigen Handeln und einem auf unverschuldetem Irrtum beruhenden gibt es allerdings ein weites Zwischenreich, in dem unendlich schwierig ist, das Vorhandensein oder Fehlen einer Schuld zu bestimmen. Der Schadensersatzanspruch[131] wird in diesen Fällen undurchführbar. Aeußerlich nimmt die Unmöglichkeit seiner Durchführung meist die Form an, daß die dem belangten Beamten vorgesetzte Behörde den Konflikt erhebt

---

entgegen. Er sieht in ihr „verwegene Zurechtbiegungen zivilrechtlicher Rechtssätze“ und zieht dagegen mannhaft zu Felde. — Noch aber hat sich unser öffentliches Recht nicht aus den Banden des bürgerlichen Rechts genügend befreit, als dass eine Untersuchung, wie die hier vorliegende, auf die Angliederung der öffentlich-rechtlichen Lehren an die bürgerlich-rechtlichen verzichten könnte!

130. E.R.G. Bu. LII (Neue Folge II) S. 108 ff, insbesondere S. 111.

131. Die Frage ob der Schadensersatzanspruch, der dem Geschädigten gegen den rechtswidrig handelnden Beamten zusteht, privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur ist, ist überaus bestritten. Die Lösung wird dadurch erschwert, daß die Begriffe der bürgerlichen und öffentlichrechtlichen Streitigkeiten in ihrer Abgrenzung gegen einander nicht feststehen. Jeder Schriftsteller versucht andere Begrenzungen. Die Mühseligkeit, auf dem Gebiete vorzudringen, ist nicht zu verkennen. Die häufigen Mischungen von privatrechtlichen und von öffentlichrechtlichen Bestandteilen, die sich weder in die eine noch in die andere Gruppe fügen, machen die Lösung geradezu zum Problem. Jedenfalls kann die vermögensrechtliche Natur des Anspruchs nicht entscheiden.

und das Oberverwaltungsgericht dahin entscheidet, daß der Beamte sich keiner Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse schuldig gemacht hat (§ 11 E.G.G.V.G.).[132] Aber auch bei Zurückweisung des Konflikts macht es die *prozessuale* Gestaltung in solchen Zweifelsfällen unmöglich, mit Schadensersatzansprüchen gegen den Beamten durchzudringen. Nicht der in Anspruch genommene Beamte muß beweisen, daß er bei der Untersuchung der gesperrten Wohnung genügende Sorgfalt aufgewendet hat; sondern der ihren Mangel behauptende Mieter (oder Vermieter) hat ihr Fehlen darzulegen.[133] Dieser Beweis wird in jenen Grenzfällen *in der Regel* und in *dem* Fall *immer* mißglücken, wenn der Beamte, ehe er die Sperrung der Wohnung verfügt, das Gutachten eines Sachverständigen oder Sachverständigenkollegs eingeholt hat. Denn dann deckt den Beamten dieses Gutachten, es sei denn, daß ihm nachgewiesen wird, daß er bei der Auswahl des Gutachters schuldhaft gehandelt hat.[134]

Nie kann also ein, bei der Vornahme amtlicher Hand-

---

132. Vgl. das Gesetz vom 13. Februar 1854 betr. die Konflikte bei gerichtlichen Verfolgungen wegen Amts- und Diensthandlungen. Vgl. z. B. O.V.G. VIII S. 408. — Auch Geser Die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen S. 160 ff.

133. Vgl. Oertmann Recht der Schuldverhältnisse zu § 823, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 912 Anm. 12. sub 9.

134. Auch die Möglichkeit, gegen den sein Gutachten fahrlässig abgebenden Sachverständigen vorzugehen, fehlt dem Geschädigten. Denn ein unmittelbarer ursächlicher Zusammenhang zwischen dem fahrlässig erstatteten Gutachten und der Schädigung des Mieters und Vermieters ist nicht herzustellen. Durch das selbständige, unter eigener Verantwortung geschehende Handeln des Beamten wird der Kausalzusammenhang unterbrochen und eine neue Kausalreihe gesetzt (vgl. v. Liszt Lehrbuch S. 108). Das Gutachten beschränkt sich dadurch auf die Bedeutung eines Motives für das polizeiliche Handeln. Es hat veranlassenden, nicht verursachenden Charakter (vgl. Dernburg Bürgerliches Recht II 1 S. 166). Es befreit den Beamten, ohne den Gutachter zu belasten. Auch ein beamteter Gutachter steht somit außer-

lungen unterlaufender, Tatsachenirrtum die Verpflichtung zum Schadensersatz auslösen, wenn die „verkehrsübliche" Sorgfalt aufgewendet worden ist. Und auch auf dem Grenzgebiet zwischen fahrlässigem Irrtum über Tatsachen ist die Inanspruchnahme des Beamten fast völlig ausgeschlossen. Ein Verschulden in der Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit ist unentbehrliche Bedingung seiner Haftung.[135] Der Grad der Fahrlässigkeit ist dabei gleichgültig.[136]

Die Fahrlässigkeit des Beamten — damit seien diese Vorbemerkungen geschlossen — kann zwiefacher Art sein. Sie kann darin bestehen, daß er in der Form der Verfügung ergehenden behördlichen Anordnung die rechtliche Grundlage fehlt.[137] Die Sperrung der Wohnung geschah aus ästhetischen Gründen, um den Villegiaturcharakter des Viertels zu wahren, während die Bauordnung für diesen Bezirk land-

halb des Bereiches von Schadensersatzansprüchen. Anders allerdings — wenn auch bloß gelegentlich und ohne Begründung — E.R.G. Bd XXXIV S. 295. Hiernach können der Stadtrat oder die Stadtbaudeputation für Fahrlässigkeit bei Abgabe ihres Gutachtens verantwortlich gemacht werden. Wie ist aber dieses, zweifellos den Ansprüchen des Lebens entsprechende, Ergebnis logisch zu begründen? Wenn Beamte und Gutachter vorsätzlich handeln, würde man allerdings, da man Anstiftungssverhältnis oder Mittäterschaft annehmen könnte, mit § 830 B.G.B. vorwärts kommen. Aber beiderseitiger Vorsatz ist solche Ausnahme, Fahrlässigkeit so überwiegend die Regel, dass darin geringe Förderung liegt. Vgl. auch Koehne Archiv für öffentliches Recht Jahrgang 1898 S. 572.

135. Denkbar ist ein „putativer Amtsmißbrauch". Der Beamte glaubt, daß seinem Vorgehen die rechtliche oder tatsächliche Grundlage fehle, während sie in Wirklichkeit vorhanden. Trotz unzweifelhaftem Verschulden kann in diesem Fall von einer Inanspruchnahme des Beamten keine Rede sein, da, wenn ein Schaden entstanden, dieser nur zu Recht zugefügt ist. Vgl. auch Jastrow Der Einfluß der Reichsjustizgesetze usw. bei Gruchot Bd. XXX S. 343 Anm. 73.

136. E.R.G. Bd. LI (Neue Folge Bd. I) S. 191.

137. Rosin in Stengels Wörterbuch Artikel: Polizeiliche Verfügungen § 4.

baumäßige Bebauung gar nicht vorschreibt.[138] Oder die Fahrlässigkeit kann darin liegen, daß der Verfügung die genügende tatsächliche Grundlage mangelt. Die Feuchtigkeit der Wohnung, die dem Beamten gesundheitsgefährlich erschien, erweist sich in Wirklichkeit als völlig harmlos. — Beide Möglichkeiten geben in gleicher Weise das Anrecht, mit Schadensersatzansprüchen an den Beamten heranzutreten.

§ 14.
Die Störung des Mieters im Besitze — nicht im Rechte zum Gebrauch — als Grundlage seiner Ansprüche.

Nach dieser Bestimmung des notwendigen Maßes von Verschulden steht der Untersuchung nach dem Verpflichtungsgrunde, auf den sich mieterisches wie vermieterisches Ansinnen an den Beamten gründen, nichts mehr im Wege.

Zunächst soll die Grundlage für das mieterische Begehren geschaffen werden.

Um den Tatbestand einer „unerlaubten Handlung" zu erfüllen und einen Schadensersatzanspruch als Reflex auszulösen, muß eine Handlung einem subjektiven wie einem objektiven Erfordernis genügen. Das subjektive ist genannt. Es besteht in der Schuld, die die Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit annehmen kann. Als objektiv ergibt sich die Ver-

---

138. Es sei darauf hingewiesen, daß nach Bornhak (Verwaltungsarchiv Bd. V. S. 152, vgl. aber Rosin Polizeiverordnungsrecht S. 101) allerdings die polizeilichen Verfügungen über den Rahmen der für den Raumbereich geltenden Bauordnung hinausgehen können, „da die Polizei sich nicht selbst binden und der Ermächtigungsklausel des § 10 II 17 ALR. entsagen könne". Dieser Auffassung gegenüber sind starke Bedenken aber kaum zu unterdrücken. Eine Bauordnung würde ihren Zweck (und ihren Wert für die Beteiligten) verlieren, wenn sie die Baubeschränkungen, die die Polizei anordnet, nicht erschöpfend aufführen würde.

letzung eines vom Gesetz mit Rechtsschutz versehenen Rechtsguts oder der Verstoß gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz. Im letzteren Fall handelt es sich natürlich auch um eine Rechtsgüterverletzung. Nur braucht nicht diese, sondern nur der Normverstoß von dem Geschädigten erwiesen zu werden. Diese Charakterisierung der „unerlaubten Handlung" gilt in vollem Umfange auch für das rechtswidrige Handeln des Beamten. Die „Verletzung der ihm einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht" will keine Häufung der Tatbestandsmerkmale darstellen, sondern lediglich die Richtung des schuldhaften Handelns angeben.[139]

---

139. § 839 B.G.B. kann höchstens gegenüber § 823 Abs. 2 B.G.B. so auszulegen sein, daß auch Dienstvorschriften, sofern sie den Außenverkehr betreffen, „den Schutz eines Anderen bezweckende Gesetze" sind. Vgl. Planck a. a. O. zu § 839 (S. 638), im Grunde v. Liszt Deliktsobligationen S. 44. Anders Linckelmann Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen S. 99, der im § 839 eine Erweiterung des § 823 sieht, weil das „Erfordernis der Rechts- oder Interessenverletzung", das für § 823 besteht, für § 839 aufgegeben sei. Nicht wie sonst aus der Person des Geschädigten, sondern aus der amtlichen Stellung des Täters werde das Moment der Rechtswidrigkeit geschöpft! Das ist eine Verkennung der Dinge. Das Begriffsmerkmal der Widerrechtlichkeit wird weder in diesem Falle aus der Person des Beamten, noch sonst aus der Person des Geschädigten gewonnen. Entscheidend ist vielmehr das Verhältnis von Schädigendem zu Geschädigtem. Die von § 823 abweichende Fassung des § 839 B.G.B. hat ihre Ursache in ganz anderen Gründen als Linckelmann vermeint. Man geht wohl mit folgenden Erwägungen nicht fehl. Der Beamte ist als Träger obrigkeitlicher Gewalt häufig zum Eingreifen in den Rechtskreis von Einzelnen befugt. Die Fälle des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit erschöpfen sich für ihn nicht wie bei Unbeamteten in wenigen, rasch aufgezählten Kollisionsformen (wie Notwehr, Notstand, Selbsthilfe), sondern in unzähligen, über eine Unzahl von Gesetzen verstreuten, Bestimmungen. Eine dem § 823 angepasste Fassung („Wenn ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt. — ") würde unzureichend gewesen sein, weil sie nicht ergäbe, wann die Verletzung rechts-

Welches Rechtsgut des Mieters hat nun der Beamte verletzt, daß er schadensersatzfällig wird? Es liegt nahe auf das mieterische Gebrauchsrecht hinzuweisen. Die polizeiliche Verfügung führt zu einer Vereitelung der Erfüllung des zwischen Mieter und Vermieter bestehenden Vertrages. Sie greift in die obligatorischen Beziehungen ein. Diese — so möchte man schließen — sind ein gesetzlich geschütztes Rechtsgut, indem das „sonstige Recht" des § 823, Absatz 1 B.G.B. auch die obligatorischen Rechte umfaßt.

Unseres Erachtens aber ist die Zulässigkeit solcher Deutung des § 823 B.G.B. zu bestreiten. Damit entfällt zugleich die Möglichkeit, auf die Verletzung des mieterischen Gebrauchsrechts die Schadensersatzverbindlichkeit des Beamten (dem Mieter gegenüber) zu gründen.

Wir sind für diese Ablehnung der weiten Auslegung des § 823 Abs. 1 B.G.B. beweispflichtig. Wir stehen — um es zunächst zu betonen — mit unserer Auffassung nicht

---

widrig ist. Diese Kennzeichnung der Widerrechtlichkeit nimmt nun § 839 durch Abstellung auf die Verletzung der Amtspflicht vor. Hinsichtlich der durch Verletzung der Amtspflicht verletzbaren Güter ist aber auf § 823 zurückzugehen. Von dem „Erfordernis der Rechts- oder Interessenverletzung" will § 839 durchaus nicht absehen.

Den gleichen Weg wie Linckelmann geht neuerdings auch Meltz (a. a. O. S. 4 ff. S. 14 ff.), wie ihn auch Kayser Staatsamt und Staatsdienst S. 50/51 und Rotschild a. a. O. S. 61 63 einschlagen. Meltz beruft sich (S. 4 ff.) auf die Entstehungsgeschichte des § 839 B.G.B. und weist als Trugschlüsse alle Erwägungen zurück, die den Kreis der durch Verletzung der Amtspflicht zu verletzenden Rechtsgüter durch § 823 Abs. 1 umschrieben wissen wollen. Aber auch ihm verschließt sich, wie Linckelmann, die Erkenntnis von der lediglich richtungweisenden und den Begriff der Widerrechtlichkeit für das Beamtenverhältnis lediglich aufhellenden Bedeutung, die der „Verletzung der Amtspflicht" im Tatbestande der zum Schadensersatz verbindenden Amtshandlung zukommt. — Der hier vertretenen Auffassung fügt sich auch die Geschichte des § 839 B.G.B. „ohne Zwang"; dies beweist Meltz am besten selbst durch die von ihm (S. 5) aufgeführten, wie er glaubt, von ihm widerlegten, Beweisgründe der Gegner. — Unserer Auffassung nähert sich Geser a. a. O. S. 54 ff., S. 57.

allein. Die Frage, ob § 823 B.G.B. obligatorische Ansprüche als schutzwerte Rechtsgüter umfaßt oder nicht, ist überaus bestritten.[140/141] Die Frage hat sich geradezu zum Problem ausgewachsen. Die Dehnbarkeit der Worte „oder ein sonstiges Recht", die allein für die Einbeziehung der obligatorischen

140. Das römische Recht kannte keinen absoluten Schutz obligatorischer Rechte. Daß der Pächter einen unmittelbaren Anspruch gegen den Dritten hatte, welcher Unkraut in das gepachtete Land gesät und das Getreide dadurch verdorben hatte (l. 27 § 14 D. de lege Aquilia IX, 2), ist nur eine scheinbare Ausnahme. Die auffällige Erscheinung findet nach Pernice (Sachbeschädigung S. 207) ihre Erklärung in der quasidinglichen Stellung des Pächters. Das Unverbindliche dieser Stelle ergibt sich auch aus der „Vielzahl der entgegengesetztlautenden Stellen" (Oertmann in der Festschrift für Dernburg S. 72).

Im gemeinen Recht war man über den absoluten Schutz obligatorischer Rechte uneinig. Die Praxis versagte ihn überwiegend. Vgl. E.R.G. Bd. IX S. 165 ff. und die bei Oertmann a. a. O. S. 67/68 angeführten Entscheidungen. — Dagegen kannte das A.L.R. einen Schutz des obligatorisch Berechtigten gegen Dritte. Dies hing mit seiner Lehre vom jus ad rem zusammen. (Vgl. Dernburg Preußisches Privatrecht II § 295 a. E.) — Für das Französische Recht vergleiche Code civil Art. 1382:

> „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer".

141. Heftig wogt der Kampf gegenüber dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Vergleiche für die Gewährung eines unmittelbaren Schadensersatzanspruchs an den Forderungsberechtigten Cosack a. a. O. S. 590 und 598 sub II 1, Kipp bei Windscheid a. a. O II S. 887, v. Liszt a. a. O. S. 21, Stammler Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren S. 10, der die Verletzung obligatorischer Ansprüche aber nur dann als zum Ersatz verpflichtend anzusehen scheint, wenn diese gegen die guten Sitten verstößt;

gegen die Gewährung des Schadensersatzanspruchs Crome a. a. O. II S. 1021, Dernburg Bürgerliches Recht I 2 S. 614/615, Endemann a. a. O. § 200 Anm. 7, Enneccerus-Lehmann a. a. O. I. S. 842/843, Goldmann-Lilienthal Das B.G.B. I. Teil S. 198 Anm. 1, Jung Delikt und Schadenshaftung S. 25/26, Linckelmann a. a. O. S. 20/21, Neumann Handausgabe, zu § 823 sub A 52, Oertmann Kommentar, zu § 823 sub 3 c β, Schollmeyer a. a. O. S. 109 fg, Titze a. a. O. S. 331 fg.

Ansprüche unter die, mit einem Schadensersatzanspruch auf Verletzung antwortenden, Rechtsgüter in Betracht kommen können, hat insbesondere diese Verwirrung verschuldet. Dennoch erweisen sich die Worte bei näherer Betrachtung als nicht so wenig verläßlich, wie sie sich anfänglich geben.[142]

Augenscheinlich kann der in der Fassung „oder ein sonstiges Recht" enthaltene Hinweis auf ein vorerwähntes Recht sich nur auf das Eigentum beziehen. Denn an dieses schließen sich die Worte im Gesetze unmittelbar an. Auch sind mit den davor genannten Worten, dem Leben, dem Körper, der Gesundheit und der Freiheit, keine Rechte, sondern „höchstens Gegenstände von Rechten" und rechtlich geschützte Güter aufgeführt.[143] Dem Eigentum sind die „sonstigen Rechte" also gleichgestellt. Diese Gleichstellung kann nur aus einem beiden gemeinsamen Grundcharakter fließen.

Die das Eigentum rechtlich am schärfsten kennzeichnende Eigenschaft ist seine absolute Natur. Damit aber mangelt jegliche Vergleichsfläche für die obligatorischen Rechte. Denn der absolute Charakter ist es gerade, der ihnen fehlt. Sie beschränken sich darauf, ein juris vinculum zwischen dem berechtigten und verpflichteten Vertragsteil zu knüpfen, ohne mit absoluter Wirkung in fremden Rechtsbereich hinüberzugreifen. Alle dinglichen Rechte (als Erbbaurecht, Grunddienstbarkeit, beschränkte persönliche Dienstbarkeit, Nießbrauch, Reallast, Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld und Pfandrecht an beweglichen Sachen), ferner das Namenrecht, das Firmenrecht und die Urheber- und Erfinderrechte mit ihrer absoluten und dadurch dem Eigentum verwandten Natur unterfallen dem § 823, Absatz 1. Obligatorische An-

142. Die Gesetzesmaterialien sprechen jedenfalls gegen die Einbeziehung der obligatorischen Rechte unter § 823 Abs. 1 B.G.B. Vgl. Motive II S. 727, Protokolle II S. 572, Oertmann Festschrift S. 78, Schaufuß Die Verletzung des Eigentums oder eines sonstigen Privatrechts eines anderen S. 68 ff.

143. Cosack a. a. O. S. 590, Planck a. a. O. S. 606 sub 2 a, Enneccerus-Lehmann I S. 839; anders Giercke Deutsches Privatrecht § 82.

sprüche dagegen mit ihrem beschränkten rechtlichen Geltungsbereich werden von diesem Paragraphen nicht umfaßt.

Nicht nur die Auslegung des Gesetzes zwingt zu dieser Auffassung. Es können, ohne daß die Beibringung weiterer Gründe eine Abschwächung der Beweiskraft der Gesetzesworte bedeuten soll, weitere Gründe für sie angeführt werden.

Allerdings bedürfen diese sorgsamer Sichtung. So ist sicherlich das kein Beweis für die grundsätzliche Nichteinbegreifung der obligatorischen Ansprüche unter § 823, Abs. 1 B.G.B., daß das Gesetz ausdrücklich in zwei Fällen Forderungen mit absolutem Schutz gegen Dritte ausstattet. Es wäre unbegründet, daraus den Schluß zu ziehen, daß nur diese beiden mit Rechtsschutz gegen unberechtigte Eingriffe Dritter bekleidet sein sollen, während die anderen dieses Schutzes zu entbehren haben. Dieser Schluß ist darum verfehlt, weil die §§ 844/845 B.G.B., die diese Fälle eines erweiterten Rechtsschutzes enthalten,[144] noch in anderen Beziehungen eine so ungewöhnliche Gestalt aufweisen, daß aus ihnen nach keiner Richtung hin und auf keinem Wege — weder auf dem der Analogie noch auf dem des Gegensatzes — Schlüsse gezogen werden können.[145] Denn während selbst die nachdrücklichsten Verfechter der Zubilligung eines Schadensersatzanspruchs an den durch einen Dritten in seinen

144. Nach § 844 wird dem Unterhaltsberechtigten ersatzpflichtig, wer eine ihm zum Unterhalte verpflichtete Person widerrechtlich tötet. In die gleiche Ersatzpflicht verfällt nach § 845 dem Dienstberechtigten gegenüber derjenige, welcher eine Person widerrechtlich tötet, an Körper oder Gesundheit verletzt oder der Freiheit beraubt, welche jenem kraft Gesetzes zur Leistung von Diensten im Hause oder Gewerbe verpflichtet ist.

145. Anders Schollmeyer Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 110; gegen ihn aber mit Recht Schaufuß a. a. O. S. 71 Anm. 1, mit Unrecht Cohn bei Gruchot Bd. XXXXIII S. 388 Anm. 37. — Im übrigen gibt es noch andere Fälle, wo nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift dem obligatorisch Berechtigten unmittelbare Ansprüche gegen Dritte erwachsen, so diese in seinen Rechtsbereich schädigend eingreifen. (Vgl. Titze a. a. O. S. 330, der auf § 95 Abs. 1 E. G. B.G.B., § 78 Abs 2.

obligatorischen Rechten Verletzten den schädigenden Dritten nur dann haften lassen, wenn er das Bestehen der obligatorischen Beziehungen kannte oder aus Fahrlässigkeit nicht kannte, ist die Schadensersatzverbindlichkeit der §§ 844, 845 B.G.B. von jeder Kenntnis unabhängig gestaltet. Will man einen Schluß aus diesen Paragraphen ziehen, so kann man mit dem gleichen Fuge, mit dem man eine grundsätzliche Versagung des Schadensersatzanspruchs an den obligatorisch Berechtigten aus ihnen herausliest, auch eine grundsätzliche Gewährung aus ihnen folgern. Man braucht die Schlußfolge dialektisch nur so zu formen, daß man sagt: In den Fällen der §§ 844, 845 B.G.B. werde der Schadensersatzanspruch auch dann gewährt, wenn der Dritte die obligatorischen Beziehungen nicht kannte. Im allgemeinen dagegen sei der Schadensersatzanspruch nur gegeben, wenn der Schädigende die obligatorischen Beziehungen kannte oder nur aus Fahrlässigkeit nicht kannte. Die logische Möglichkeit eines solchen Schlusses dürfte nicht zu bestreiten sein. Die Fähigkeit, ganz entgegengesetzte Schlüsse zuzulassen, raubt aber den Paragraphen überhaupt jede Beweiskraft, die sich auf Schlüsse gründet.

Dagegen kann wohl eine andere Erwägung als Beweis für die Unzulässigkeit des Einbegreifens der obligatorischen Ansprüche unter § 823 B.G.B. gelten. Mit der Annahme der Gewährung eines absoluten Rechtsschutzes an den obligatorisch Berechtigten, wie er in der Zuerkennung eines Scha-

---

H.G.B., §§ 7 und 78 des Binnenschiffahrtsgesetzes vom 15. Juni 1895 verweist.) Aus diesen Paragraphen würde man vielleicht mit mehr Berechtigung als aus den §§ 844|845 B.G.B. Schlüsse im obigen Sinne (S. 98) ziehen können. Doch ist dies ebenso entbehrlich — wie letzten Grundes auch ungenügend. Denn Rechtssätze von solch erheblicher Tragweite, wie die Zubilligung oder Versagung des Schadensersatzanspruchs an den obligatorisch Berechtigten, pflegen vom Gesetzgeber nicht bloßen Schlußfolgen überlassen zu bleiben, die doch immer Zufallseigenschaft an sich tragen und denen ausnahmslos ein nicht zu bannender Rest von Unsicherheit anhaftet.

densersatzanspruchs an ihn liegt, würde § 281 B.G.B. überflüssig werden, der dem obligatorisch Berechtigten einen Anspruch gegen den, in seine obligatorische Berechtigung unbefugt eingreifenden, Dritten nur mittelbar gewährt. Er gewährt den Anspruch in der Form, daß der obligatorisch Berechtigte die Abtretung des dem anderen Vertragsteil gegen den Dritten zustehenden Ersatzanspruchs oder die Herausgabe des von dem anderen Vertragsteil infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich machte, für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes fordern kann. Dadurch aber würde das mittelbar gewährt, was § 823 unmittelbar gewährt. Es würde eine umständliche, über die Person des anderen Vertragsteils laufende Zubilligung dessen sein, was bei Annahme des uneingeschränkten Schutzes obligatorischer Rechte sich von selbst und ohne Weiterungen verstände. Damit würde sich eine Ueberflüssigkeit im Gesetz zeigen, die sich mit seinem sonstigen geschlossenen Bau nicht verträgt.

Vor allem aber muß das zur Ablehnung eines unmittelbaren Anspruchs des Forderungsberechtigten gegen den in seine Berechtigung unbefugt eingreifenden Dritten führen, daß der Anspruch auf die obligatorisch verstrickte Leistung sich nur gegen den Verpflichteten wendet. Das Forderungsrecht besteht nicht in einer äußerlich greifbaren Gestalt, etwa in der Herrschaft über einen vertraglich gebundenen Gegenstand, sondern es erschöpft sich in einem, durch den Vertragsschluß in dem Verpflichteten heraufgeführten, seelischen Zustand, der lediglich vermöge der den Verpflichteten beherrschenden Vorstellungsmassen in ihm das Gefühl der Leistungsverpflichtung erzeugt. In ein zwischen Gläubiger und Schuldner sich knüpfendes seelisches Band, in dieses juris vinculum, wie die Römer sagen, kann aber ein Dritter mit störender Hand gar nicht eingreifen. Daß nach deutschem und heutigem Recht der Vermögenswert des Schuld-

verhältnisses voransteht, vermag an dieser Auffassung nichts zu ändern. Denn das stärkere Hervortreten des Vermögenswerts der Leistung hat zwar das Schuldverhältnis unpersönlicher gemacht, aber den, ja auch unverlierbaren, Gedanken nicht erschüttern können, daß bis zum Vollzug der Leistung sich der Leistungsanspruch in einem seelischen Bande erschöpft. Dieses ist dehnbarer geworden als früher (indem Stellvertretung, Schuldübernahme und Erfüllung durch andere zugelassen und auf der Gläubigerseite die Uebertragung der Forderung gestattet worden ist), aber nach wie vor ein rein geistiges Band geblieben, das zunächst nur den Vertragsverpflichteten erfaßt und von dritter Seite nicht durchschnitten werden kann.

Auch würde, wollte man, dieser Bedenken ungeachtet, dem obligatorisch Berechtigten einen Anspruch gegen jeden geben, der die von dem Vertragsschuldner zu bewirkende Leistung vorsätzlich oder fahrlässig unmöglich macht, dem Forderungsberechtigten damit ein Schutz gewährt werden, der zur Verwischung der Unterschiede zwischen obligatorischen und dinglichen Ansprüchen führen und das landrechtliche jus ad rem, das endlich beseitigt schien, nicht nur mit gleicher, sondern noch mit verstärkter Wirkung wiedereinführen würde. Der den dinglichen Rechten eigentümliche absolute Charakter würde auf die obligatorischen Rechte übertragen werden, denen, nach unveralteter Lehre, gerade relative Natur eignet. Und wenn auch die Begriffe des „dinglichen" und des „persönlichen" Rechts damit noch nicht hinfällig werden, da sich ihr Gegensatz in diesem einen Unterschied nicht erschöpft, so würde ihnen doch damit das für ihre Unterscheidung wesentlichste Merkmal genommen.[146] Der landrechtlichen Regelung gegenüber würde

146. Vergleiche auch Oertmann Kommentar, S. 82, nach dem mit der Annahme eines absoluten Rechtsschutzes obligatorischer Rechte die Unterschiede zwischen dinglichem und persönlichem Vorkaufsrecht fortfallen würden (§ 823 B.G.B. in Verbindung mit § 249 B.G.B. einerseits und §§ 1098, 883 Abs. 2 B.G.B. andererseits.

die angedeutete Steigerung darin liegen, daß, während das Preußische Recht das jus ad rem dem obligatorisch Berechtigten nur gab, wenn der Dritte den Besitz der obligatorisch gebundenen Sache in Kenntnis ihrer obligatorischen Verstrickung erworben,[147] das Bürgerliche Gesetzbuch dem Gläubiger der Leistung das Recht, die Herausgabe des Vertragsgegenstandes zu fordern, auch dann gewähren würde, wenn der Dritte die obligatorischen Beziehungen, in denen die Sache stand, beim Erwerbe zwar nicht kannte, diese Unkenntnis aber auf Fahrlässigkeit beruht.

Zu diesen Bedenken kommt noch eine weitere Befürchtung. Es muß zu einer Verwirrung des Rechtslebens führen, wenn der obligatorisch Berechtigte einen Schutz erhält, welcher den in den Forderungsbereich schädigend Eingreifenden mit einer Schadensersatzlast beschwert, die zu dem, die Schadensreihe anregenden, Tun außer allem Verhältnis steht. Allerdings würde auch die Beschädigung einer nicht obligatorisch verstrickten Sache eine Schadensersatzverbindlichkeit auslösen. Aber erst durch die obligatorische Verstrickung wird diese ins Ungemessene gesteigert. Ich zerbreche bei einem Freunde eine Reliquie. Er zeigt mir einen Vertrag, wonach er sie für einen wahnwitzig hohen Preis verkauft hat. Ich müßte nicht nur für diesen Betrag einstehen, sondern würde auch für den Ausfall aufzukommen haben, den der Käufer, der bereits einen andern Liebhaber für den Gegenstand gefunden, erleidet. Oder ein anderer Fall. Ein Faustschlag, der einem anderen galt, trifft unglücklicherweise einen danebenstehenden Sänger. Der Schlag führt zu einer Reizung seiner Stimmbänder. Er ist für die nächsten Abende zum Auftreten verpflichtet. Das Haus ist ausverkauft. Eine Verschiebung der Vorstellung ist nicht möglich. Es entgeht ihm eine beträchtliche Summe. Für sie einzustehen würde der Arme haben, der den Schlag geführt hat.

147. A.L.R. I 19 § 5.

Diese weitgehende Belastung würde wohl vereinbar sein mit der von v. Liszt vertretenen[148] Veranlassungslehre. Nach allgemeiner Ansicht aber ist eine Haftung für die letzten und weitesten Folgen eines Tuns unbillig und undurchführbar.[149] Allerdings führt das wohl zu einer Minderung des Haftungsumfangs, daß der Täter die obligatorischen Beziehungen, in denen der Betroffene oder die betroffene Sache steht, kennen oder nur aus Fahrlässigkeit nicht kennen muß. Aber dieses Korrektiv ist darum nicht geeignet, die übertriebene Haftung auf ein billiges Maß herabzustimmen, weil Art und Umfang des Schadens, der durch die Verletzung für den obligatorisch Berechtigten verursacht wird, dem Verletzenden nicht bekannt zu sein braucht. Damit bleibt das angegebene Bedenken fast unvermindert, und es wird auch dadurch nicht erschüttert, daß bei einer Versagung des Schadensersatzanspruchs der obligatorisch Berechtigte Schaden leiden würde, den er nicht verschuldet hat. Denn es gibt eine Unzahl von Nachteilen, die die Einzelwirtschaft — zufällig oder ungerecht — treffen, ohne daß die Ueberwälzung des Schadens auf einen anderen Wirtschaftskreis bei dem heutigen Wirken unseres Rechts erreichbar oder auch nur vom Standpunkt ausgleichender Gerechtigkeit wünschenswert erscheint. Gerade in Fällen, wie den genannten, wo ein zufällig erzielter unverhältnismäßig hoher Gewinn die Schadensersatzpflicht überspannen würde, wird man lieber den verletzten Vertragsteil (den in seiner Stimme geschädigten Sänger oder den um seine Reliquie gekommenen Antiquitätenhändler) seinen Gewinn einbüßen sehen, als den fahrlässig den Schaden Verursachenden mit der Schadenstragung beschweren. (In Fällen wiederum, wo der dem Berechtigten entstandene Schaden gering ist, wird der Berechtigte, wenn er mit der Schadenstragung beschwert wird, nicht empfindlich belastet.) Seine Belastung kann aber auch darum kein

148. Lehrbuch S. 106, Deliktsobligationen, passim.

149. Dernburg Bürgerliches Recht II 1 S. 65.

Grund sein, die obligatorischen Ansprüche mit dem weiten Schutze des § 823, Absatz 1 B.G.B. zu umgeben, weil es noch andere Wege gibt, um ihm eine Entschädigung zu verschaffen: Bei vorsätzlicher Schadenszufügung würde der an „illoyale Handlungsweise" eine Schadensersatzpflicht knüpfende § 826 B.G.B. einen Ausgleich bieten. Und bei fahrlässiger Handlungsweise bleibt ein anderer Gesichtspunkt, der zum Schadensausgleich zu führen vermag und auch für unseren Fall von Bedeutung wird.

Aus alledem ist unseres Erachtens als Folge abzuleiten, daß § 823 B.G.B. nicht die obligatorischen Rechte umfaßt. Damit entfällt zugleich für den Mieter die Möglichkeit, sich auf die Verletzung seines Gebrauchsrechts, bei der Geltendmachung seiner Schadensersatzansprüche gegen den Beamten, zu stützen.

Aber damit entschwindet für den Mieter noch nicht jede Möglichkeit für ein Vorgehen gegen den Beamten. Ist die rechtliche Beziehung, die ihn mit der vermieteten Wohnung als dem Vertragsgegenstande verbindet, nicht gegen Eingriffe Dritter genügend reizbar, so reagiert die tatsächliche Herrschaftsgewalt, die ihm über die Wohnung zusteht, desto empfindlicher. Die polizeiliche Sperrung stellt eine Entziehung seines Besitzes dar, welcher, als vom Vermieter abgeleitet, unmittelbarer Natur[150] ist. Solche Besitzentziehung ist widerrechtlich. Sie verliert diesen Charakter nur, wenn das Gesetz die Entziehung gestattet. Eine allgemeine gesetzliche Ermächtigung zum Eingriff in fremdes Besitztum ist aber dem Beamten nicht gegeben. Vielmehr umfriedet die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850 (§ 9) das Besitztum ausdrücklich.[151] Die Staatsgewalt ist nur insoweit zu Eingriffen be-

150. § 868 B.G.B. drängt durch die Prägung des Wortes vom „mittelbaren" Besitz (des Vermieters) auf die Benennung des Besitzes des Mieters als eines „unmittelbaren" hin.

151. § 9 erklärt die Unverletzbarkeit des „Eigentums". Das Eigentum

fugt, als die einzelne amtliche Handlung von einer gesetzlichen Ermächtigung getragen wird. Jede, auch nur aus Fahrlässigkeit geschehende, Ueberschreitung der Amtspflicht fällt aus dem Rahmen der Ermächtigung heraus und wird als „Exceß" (im Sinne des § 53 Str.G.B.) rechtswidrig. Ein rechtswidriger Eingriff aber verbindet zum Ersatz entstehenden Schadens. Die Besitzentziehung erzeugt den Schadensersatzanspruch für den Mieter.

Man kann diesen verpflichtenden Charakter des amtlichen Tuns schon in dem, der Sperrung voraufgehenden, Handeln der Behörde finden.[152] In der Sperrung der Wohnung tritt der Eingriff in das umfriedete Besitztum allerdings am deutlichsten hervor. Aber schon in dem polizeilichen Befehl, die Wohnung bei Vermeidung von Strafen zu räumen, liegt, wenn auch vielleicht noch keine Entziehung, so doch eine Störung des Besitzes, die, soweit sie auf fahrlässiges obrigkeitliches Handeln zurückzuführen ist, widerrechtlich erscheint und zum Schadensersatz verbindet. Die Frage ist dabei völlig auszuscheiden, ob Drohungen schon eine Besitzstörung darstellen.[153] In einer polizeilichen Drohung liegt jeden-

des Vermieters wird in der Person des Mieters verletzt. Besitz und Eigentum sind hier keine Gegensätze, sondern entsprechen sich.

152. Bisher ist entscheidende Bedeutung immer auf die Räumung der Wohnung gelegt worden, ohne daß darauf gesehen wurde, ob sie in freiwilliger Unterwerfung unter die Verfügung geschah oder durch Sperrung obrigkeitlich erzwungen wurde. Dies empfahl sich, weil aus dem bloßen Erlaß des Räumungsbefehls noch kein greifbarer Schaden entsteht. Nur die Schadensreihen aber sind das Treibende dieser Untersuchung. Die Klarlegung des Verpflichtungsgrundes, auf den der Mieter seine Ansprüche gegen den Beamten gründet, führt dazu, das Verhältnis von Räumungsbefehl und Sperrung schärfer zu fassen. Unverkennbar ist aber, daß eine Schadensersatzklage, welche sich nicht auf eine in Erfüllung des Räumungsbefehls vollzogene Räumung, sondern auf eine bloße Besitzstörung (im Sinne des Textes) beruft, in das Reich der Unwirklichkeit gehört, weil vor der Räumung kaum ein darstellbarer Schaden entstehen wird!

153. Motive III 126.

falls mehr als eine bloße turbatio verbis. Nicht, wegen der Möglichkeit, die angedrohten Strafen festzusetzen und im Verwaltungszwangsverfahren beizutreiben, oder wegen der obrigkeitlichen Machtbefugnis, die Räumung der Wohnung mit Gewalt zu erzwingen. Dieser stille Inhalt der Verfügung ist, wie er unerfüllt bleiben und seine Verwirklichung durch Anwendung von Rechtsmitteln durch den Beschwerten gehemmt werden kann, nicht das Entscheidende. Die Störung des Besitzes liegt vielmehr darin, daß eine Nichtbefolgung der Verfügung sich als eine Auflehnung gegen die Staatsgewalt darstellt.[154] Den Besitzer aber in eine Lage versetzen, in der er sich nur ungesetzlich im Besitze erhalten kann, ist zweifellos mehr als eine Störung verbis!

Jedenfalls verbindet die widerrechtliche Entziehung oder Störung der Besitzes — mag man sie nun bereits in dem Erlasse der Verfügung oder erst in der durch diese erzwungenen Räumung sehen — zum Schadensersatz. Possessorische Behelfe sind nicht gegeben.[155] Aber ein Schadensersatz-

---

154. Vgl. oben S. 16.

155. Dies erweist § 2 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 „über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen". Hiernach kann, wenn die Beseitigung der Verfügung im R e c h t s w e g e ausnahmsweise zugelassen ist, das Vorgehen nur auf Grund einer besonderen gesetzlichen Vorschrift oder eines speziellen Rechtstitels geschehen. Ein solcher kann aber im Besitze nicht gefunden werden. Vergleiche auch § 42 der durch dieses Gesetz aufgehobenen Verordnung vom 26.|XII. 1808, wonach „keine Possessorienklagen über dergleichen exekutorische Maßregeln der Regierung zulässig." (Das Zitat bei Cretschmar Normen des rhein-preußischen Landesrechts S. 26.) Vgl. auch die Entscheidungen des Preußischen Geh. Obertribunals im I.M.Bl. 1848 (201), 1852 (61), 1853 (232/233), 1858 (251), Parey Die Rechtsgrundsätze des Kgl. Preußischen Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte No. 174 (Erk. vom 17.|XII. 1853, M.Bl. f. d. g. i. V. 1854 S. 30), No. 305 (Erk. vom 3|V 1856 I.M.Bl. 1856 S. 161), No. 771 (Erk. vom 12|X 172 M.Bl. f. d. g. i. V. 1872 S. 336). Anders die Entscheidung des Gerichtshofs zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten in I.M.Bl. 1853 (S. 197). Vgl. auch Oppenhof Die Preußischen Gesetze

anspruch ist gewiß. Er beruht auf § 823 B.G.B. Fraglich bleibt lediglich, ob der erste oder der zweite Absatz des Paragraphen die Grundlage für die Entschädigungspflicht abgibt.[156] Die Entscheidung hängt von der Auffassung der Besitznatur ab. Sieht man — und dem Problem scheint in unserer Wissenschaft ewige Dauer beschieden — in dem Besitz ein Rechtsverhältnis oder eine Rechtsposition, so umfaßt das „sonstige Recht" des ersten Absatzes des § 823 B.G.B. auch den Besitz. Seine Anähnlung an das Eigentum durch seine absolute Natur, seine Reizbarkeit gegenüber jedermann macht dabei die Beziehung des „sonstigen Rechts" auf ihn unbedenklich. Faßt man umgekehrt den Besitz als tatsächliches Verhältnis auf, so ist der ihm in der Form eines Schadensersatzanspruchs gegen Störungen gewährte Rechtsschutz in dem zweiten Absatz des angezogenen Paragraphen enthalten. Als Schutzgesetz, dessen Verletzung die Schadensersatzpflicht auslöst, würde § 858 B.G.B. in Anspruch zu nehmen sein.

Es wäre unschwer, über die Frage nach der rechtlichen Natur des Besitzes mit der Bemerkung hinwegzugleiten, daß die Stellungnahme zum Besitzproblem für die Schadensersatzverbindlichkeit belanglos sei. Dennoch ist ein Uebergehen der Frage unmöglich. Seltsamerweise wird der Rechtsgang von der Natur des Besitzes berührt. Nach § 1 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 über die Zulässigkeit des Rechts-

---

über die Ressortverhältnisse usw. in der Anmerkung 72 zum Gesetz vom 11|V 1842, der sich für den früheren Rechtszustand auf die Ministerialreskripte vom 7. Juni 1833 und 26. Juli 1839 beruft.

156. Dernburg a. a. O. II S. 614, Endemann a. a. O., Oertmann Kommentar zu § 823 sub 3 d, Enneccerus-Lehmann a. a. O. I S. 842, Neumann a. a. O. zu § 823 sub AV b, Crome a. a. O. II S. 1020 erklären, daß der Besitz unter § 823 Abs. 1 falle; Planck a. a. O. zu § 823 S. 608, Strohal Sachbesitz S. 56 stellen ihn unter Absatz 2.

Die Protokolle 7719|7720 besagen, daß das Gesetz die Streitfrage, ob der Besitz ein Recht ist oder nicht, mit Absicht nicht entschieden habe, um ihre Austragung der Wissenschaft zu überlassen.

wegs in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen ist der Rechtsgang, der uns noch des weiteren zu beschäftigen hat, nur zugelassen, „wenn die Verletzung eines zum Privateigentum gehörenden Rechts behauptet wird.“[157] Niemals wurde darunter der Besitz verstanden, weil man ihn für ein tatsächliches Verhältnis erklärte.[158] Nur petitorischen Ansprüchen aber wollte man Raum schaffen.

Würde man nun den Besitz, nach seiner Stellung im heutigen Rechtssystem, für ein Rechtsverhältnis oder eine Rechtsposition erklären, so würden gegen die Ausdehnung des Rechtswegs auf ihn keine Bedenken bestehen. Das ergibt die allgemeine Rechtslehre, wonach bei der Schaffung neuen Rechts dem fortbestehenden alten gegenüber die in diesem sich findenden Rechtsbegriffe in der, ihnen vom neuen Recht gegebenen, Gestalt Anwendung finden, soweit nicht dadurch der den früheren Bestimmungen anhaftende Charakter verändert wird. Sieht man in dem Besitz dagegen nach wie vor ein rein tatsächliches Verhältnis, so ist, wie im früheren Recht, der Rechtsweg gegenüber der polizeilichen Verfügung so auch heute verschlossen. Ein materieller Anspruch würde durch §§ 823, 839 B.G.B. gegeben sein. Die Möglichkeit seiner Durchführung aber würde fehlen.

Die rechtliche Natur des Besitzes ist also von erheblicher Bedeutung. Dennoch kann nur auf das Problematische seiner Natur hingewiesen werden. Unser Rechtsstoff enthält unzweifelhaft — mit einander unvereinbar — so viele Bestandteile, die nur aus der Natur des Besitzes als eines Rechts-

157. Dieser der früheren Gesetzessprache geläufige Ausdruck findet sich in § 1 der Allgemeinen Gerichtsordnung vom 6. Juli 1793 wieder, wo von Rechten gesprochen wird, „welche einen Gegenstand des Privateigentums ausmachen.“ Es wurden hierunter Vermögensrechte aller Art verstanden. Vgl. Anschütz „Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt“ S. 107, Text und Anm. 108.

158. I.M.Bl. 1853 (S. 233).

verhältnisses, und soviele, die nur aus seiner tatsächlichen Natur geflossen sein können, daß jede Entscheidung nach der einen oder der anderen Richtung das Zeichen der Willkür an sich trüge.[159] Ob man auf die Vererblichkeit des Besitzes (§ 857 B.G.B.) und die Möglichkeit einer Rechtsvorgängerschaft und Rechtsnachfolge (§ 999 B.G.B.) im Besitz[160] hinweist — und darauf seine Natur als eines Rechtsverhältnisses gründet; oder sich darauf beruft, daß er auch an wesentlichen Bestandteilen einer Sache möglich ist (§ 865 B.G.B.)[161], die nach § 93 B.G.B. nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können; daß die §§ 1414, 1462 B.G.B. zwischen einem zum Vorbehaltsgut gehörenden Recht und dem Besitz einer dazu gehörenden Sache unterscheiden;[162] daß § 268 B.G.B. Recht und Besitz einander scharf gegenüberstellt — und daraufhin den Besitz für ein rein tatsächliches Verhältnis erklärt; immer bleibt ein Rest von unausgeglichenen Bedenken, der einer entschiedenen Stellungnahme entgegensteht.

Man muß daher davon absehen, an das Problem mit Lösungsversuchen heranzutreten. Wenn dennoch zum Fortgang der Untersuchung eine Stellungnahme unerläßlich ist, so erscheint es am ratsamsten, die auf der Mittellinie sich bewegende Erklärung des Besitzes als einer „Rechtsposition" anzunehmen, so sehr gerade sonst Mittelmeinungen Probleme verwirren, statt sie zu lösen. Etwas nach irgend einer Seite hin Vorgreifendes soll in dieser Annahme nicht liegen. Sie wird auch von uns nicht weiter bewiesen, weil sie unbeweisbar ist. Sie erscheint aber um so angemessener,

---

159. Nur so erklären sich die dem neuen Gesetz gegenüber vertretenen ganz entgegengesetzten Ansichten.

160. Vgl. auch §§ 861, 862 B.G.B. und dazu Endemann a. a. O. II S. 99 Anm. 10.

161. Biermann Sachenrecht zu § 865 (S. 29), Planck a. a. O. III S. 30 sub. 3.

162. Planck a. a. O.

als sie im Ergebnis mit der Anschauung zusammenstimmt, die im Besitz ein „Rechtsverhältnis" sieht. Die für Rechtsverhältnisse geltenden Sätze (wie gerade § 823, Abs. 1 B.G.B und § 1 des Gesetzes vom 11. Mai 1842) sollen nach Ansicht der Vertreter der Rechtspositionslehre auf den Besitz entsprechende Anwendung finden.

Mit dieser Auffassung des Besitzes, die zugleich den Rechtsgang sichert, wird Absatz 1 des § 823 B.G.B. zu der den Besitz umfassenden Norm erhoben.

Damit ist der Verpflichtungsgrund gefunden, auf den **der Mieter** seine Ersatzansprüche gegen den Beamten stützen kann. Es bleibt die rechtliche Grundlegung der Ansprüche, die der Vermieter gegen den Beamten erhebt. Die Schaffung dieser Grundlage ist ungleich weniger schwierig.

§ 15.
Die Störung des Vermieters im Besitz und im Eigentum als Rechtsgrund seiner Ansprüche.

Das Besitzverhältnis, aus dem sich die Berechtigung des Mieters zur Erhebung von Schadensersatzansprüchen gegen den Beamten ergeben hat, kann auch zur Begründung der Ansprüche des Vermieters herangezogen werden. Sein mittelbarer Besitz ist verletzt.[163] Wie solche Verletzung für den mittelbaren Besitzer die petitorischen Klagen[164] der §§ 861, 862 B.G.B. auszulösen vermag, so

163. Es ist bereits darauf hingewiesen worden daß es irrig ist, als durch eine polizeiliche Verfügung in seinen Rechten verletzt nur den zu bezeichnen, an den die ungerechtfertigte Verfügung ergangen ist. Vielmehr ist auch der zur Einlegung von Rechtsmitteln und Erhebung von Schadensersatzklagen befugt, „dessen rechtlich geschützte Interessen berührt werden". Vgl. oben Seite 50 Anm. 66. Siehe auch Köhne Archiv für öffentliches Recht 1898 S. 556.

164. Gegen Nichtbeamte! Vgl. oben Anm. 155 (S. 106).

muß sie ihm auch die Möglichkeit geben, eine Schadensersatzklage anzustrengen.

Weiter aber ist es nicht nur der, dem Vermieter durch den Mieter vermittelte, Besitz, den die polizeiliche Sperrung berührt. In gleichem Maße ist es das Eigentum, in dessen Sphäre sie eingreift. Es wird in dem, aus ihm fließenden, dem Mieter entgeltlich überlassenen, Gebrauchsrecht verletzt. Die vorsätzliche oder fahrlässige, widerrechtliche, Verletzung des Eigentums verpflichtet aber nach § 823 Absatz 1 B.G.B. zum Schadensersatz. Somit kann sich der Vermieter wahlweise auf sein Eigentum wie auf seinen Besitz berufen. Vorausgesetzt, daß der Vermieter auch Eigentümer ist und nicht erst die von ihm weitervermietete Wohnung von einem andern abgemietet hat! In diesem Fall müßte natürlich die Berufung auf das Eigentum fortfallen. Bei solcher Lagerung der Verhältnisse würde sich vielmehr folgendes rechtliche Bild ergeben: Der die Wohnung innehabende Mieter ist als Aftermieter unmittelbarer Besitzer. Sein Vermieter, der die Wohnung gemietet und ihm vermietet hat, ist mittelbarer Besitzer, und dessen Vermieter zugleich entfernt mittelbarer Besitzer und Eigentümer. Das Wahlrecht, von dem gesprochen wurde, würde nicht dem Vermieter des aus der Wohnung gewiesenen Mieters, sondern erst dem Vermieter des entfernteren Gliedes zustehen. Den beiden anderen bliebe lediglich die Berufung auf den Besitz.

§ 16.

Die gesteigerten Voraussetzungen der Beamtenhaftung:

a. Das Erfordernis vorgängiger Aufhebung der polizeilichen Verfügung.

Wir haben die Rechtsgrundlage für ein Vorgehen von Mieter und Vermieter gegen den Beamten gefunden. Der Besitz auf der einen, der Besitz und das Eigentum auf der

andern Seite sind verletzt. Damit scheinen die Schadensersatzansprüche ausreichend begründet. Denn die Rechtswidrigkeit des amtlichen Handelns ist Voraussetzung des Tatbestandes. Auf das Verschulden als unerläßliche Voraussetzung jeder Inanspruchnahme des Beamten ist hingewiesen.[165] Die Bedingungen für die Auslösung des Schadensersatzanspruchs scheinen erfüllt.

Aber die Gewährung des Schadensersatzanspruchs ist vom Gesetz „im Interesse des raschen und unbeirrten Funktionierens der polizeilichen Organe"[166] noch an fernere Voraussetzungen geknüpft. Die eigentümliche Stellung des Beamten veranlaßt Weiterungen. Die schwere Verantwortung, die auf ihm lastet, würde verstärkt, und seine Beweglichkeit gehemmt werden, wenn er allzuleicht allen Schadensersatzansprüchen zugänglich wäre. Das repräsentative Ansehn des Staatswesens, als dessen Organ der Beamte erscheint, würde geschädigt, wenn etwa die rechtsuchende Partei oder der steuerzahlende Bürger ohne weiteres unter Berufung auf seine angebliche Fahrlässigkeit Schadensersatzansprüche gegen ihn geltend machen könnten.

Die für Preußen geregelte Konfliktserhebung setzt die erste Erschwerung. Allerdings ist diese Belastung nicht mehr so beträchtlich wie früher. Nach dem Gesetze vom 13. Februar 1854 „betr. die Konflikte bei gerichtlichen Verfolgungen wegen Amts- und Diensthandlungen" hatte der Gerichtshof zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten darüber zu entscheiden, — wenn zu Gunsten des Beamten die vorgesetzte Provinzial- oder Zentralbehörde den Konflikt erhob — ob eine „zur gerichtlichen Verfolgung geeignete"

---

165. Vorsatz oder Fahrlässigkeit muß nicht nur in Beziehung auf die verursachende Bedeutung des Handelns, sondern auch hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des Tuns vorhanden sein. „Die Ersatzpflicht tritt nur ein, wenn der Beamte (wußte oder) hätte wissen müssen, daß er seine Amtspflicht verletzt". (v. Liszt Deliktsobligationen S. 44.)

166. Protokolle 8858.

Ueberschreitung einer obliegenden Amtshandlung dem Beamten zur Last falle. Heute hat das Oberverwaltungsgericht nach § 11 E.G.G.V.G. bei erhobenem Konflikt nur noch objektiv über Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Amtsüberschreitung oder Amtsunterlassung zu erkennen.[166] Immerhin liegt auch darin noch, zum mindesten, eine Verzögerung des Rechtsgangs.[167]

Weiter aber spannt den Voraussetzungsrahmen für die Beamtenverfolgung § 839 B.G.B. Danach ist die Schadensersatzverbindlichkeit des Beamten ausgeschlossen, solange nicht zwei Bedingungen erfüllt sind:

„Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden". (§ 839 Abs. 3 B.G.B.)

„Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag" (§ 839 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.).

Man kann nicht ohne weiteres behaupten, daß Mieter und Vermieter mit ihren gegen den Polizeibeamten gerichteten Ansprüchen diesen beiden Bedingungen genügen. Diese erfordern vielmehr nähere Betrachtung. Aber auch wenn die Folge ergeben sollte, daß die Ansprüche von Mieter und Vermieter diesen Bestimmungen entsprechen, so tritt vor einer endgiltigen Bejahung der Haftung des Beamten noch zu seinen Gunsten die Frage dazwischen, ob nicht statt seiner der Staat für die Schadensersatzverbindlichkeit einzutreten hat.

Die Ersatzpflicht des Beamten ist durch § 839 B.G.B.

---

166. Vgl. dazu Protokolle II 2913 und Niedner Einführungsgesetz S. 163.

167. Die Konfliktserhebung besteht ebensowenig wie für Reichsbeamte für Beamte in den Reichslanden. Vgl. Klewitz a. a. O. S. 62 Anm. 3. Ueber die eigentümliche Entwicklung der Vorentscheidung der Behörde in Baden vgl. Hauser a. a. O. S. 155.

davon abhängig gemacht, daß der Verletzte es nicht vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Der Gedanke der „Kulpakompensation“ kommt in dieser Bestimmung zu eigentümlichem Ausdruck. Allgemein geregelt ist die Frage des „mitwirkenden Verschuldens“ des Beschädigten in § 254 B.G.B. Hier kommt der Grundsatz der verteilenden Gerechtigkeit in feiner Weise zur Geltung. Dieser Regelung gegenüber stellt § 839 mit seiner genannten Bestimmung eine Verschiebung dar. Während im allgemeinen bei dem Mitwirken eines Verschuldens des Beschädigten an der Entstehung des Schadens das Maß von Verursachung, das auf den Schädigenden, und das Verursachungsmaß, das auf den Beschädigten zurückzuführen ist, miteinander verglichen werden,[168] erlöschen nach § 839 B.G.B. die Schadensersatzansprüche des Beschädigten gegen den Beamten überhaupt, wenn er es, vorsätzlich oder fahrlässig, unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

168. Die Fassung des § 254 B.G.B. ist etwas vage. Von vielen wird daher nicht das Verursachungsverhältnis, sondern das Schuldmass als entscheidend angesehen. (Cosack a. a. O. I S. 318, Planck a. a. O. zu § 254 Anm. 1. a. E., Eck Vorträge S. 254 Anm. 2.) Der überkommene Ausdruck der „Kulpakompensation“ würde sich dieser Ansicht leichter fügen. Dennoch kann man ihr nicht zustimmen. Vgl. die Gründe bei Schollmeyer Recht der Schuldverhältnisse S. 44, Endemann a. a. O, S. 132, Gottschalk Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten S. 60. — Ein Verschulden ist natürlich auch bei der von uns vertretenen Auffassung unentbehrlich. Nur wird nicht die Größe des Verschuldens auf jeder Seite, sondern es werden die Verursachungsreihen, die auf den Schädigenden und auf den Beschädigten zurückführen, miteinander verglichen. Anders — um das v. Kries'sche Prinzip der adäquaten Verursachung zu retten. — Titze a. a. O. S. 137 138, der bloße Mitverursachung auf Seiten des Beschädigten genügen läßt, wenn die Nichthinderung des Schadens regelwidrig ist. Annähernd Gottschalk, der als „Verschulden“ schon jeden Verstoß gegen Treu und Glauben auf Seiten des Geschädigten ausreichen läßt.

Hier wird nicht mehr Verursachung und Verursachung gegeneinander abgewogen, sondern es wird, selbst wenn vorsätzliches Handeln des Beamten und fahrlässige Unterlassung des Geschädigten einander gegenüberstehen,[169] lediglich in Hinsicht auf die fahrlässige Nichteinlegung des Rechtsmittels der Schadensersatzanspruch einfach versagt.[170]

Vorgängige Einlegung eines Rechtsmittels[171] ist somit unumgängliche Voraussetzung für die Durchführung des Schadensersatzanspruchs. Die Erfolglosigkeit, die das Bemühen unter Umständen haben kann, ist gleichgiltig. Lediglich darauf, daß von dem Beschädigten nicht sofort eine zivilistische Schadensersatzklage angestrengt, sondern erst die Befreiung von der beschwerenden Verfügung im Instanzenzug versucht wird, will die Vorschrift hinwirken.

Aus der Einlegung eines Rechtsmittels können nun mehrere, voneinander sehr verschiedene Rechtsfolgen fließen.

1. Die Verfügung kann infolge des Rechtsmittels aufgehoben werden. Ein Ersatzanspruch besteht dann. Durch die Aufhebung der Verfügung aber wird er in seinem Umfang verringert.

2. Die Verfügung kann aber auch trotz der Einlegung

169. Die Bundesratsvorlage ging noch weiter; sie hatte die Worte „vorsätzlich" oder „fahrlässig" in Abs. 3 noch nicht. Erst der Reichstag hat sie eingefügt. „Denn mit Recht erachtet(e) man als mißlich, demjenigen, welcher im guten Glauben an die Richtigkeit und Unanfechtbarkeit eines Beamten sich bei dessen Entscheidung beruhigt hat, den Ersatzanspruch zu versagen". (Dernburg Bürgerliches Recht II 2 S. 638. Meltz a. a. O. S. 81. Rothschild a. a. O. S. 66.)

170. vgl. Meltz a. a. O. S. 80.

171. Der Ausdruck „Rechtsmittel" ist nicht genau. Der enge Sinn, der ihm im Prozessrecht (C.P.O.) beiwohnt, ist nicht gemeint. Denn der Absatz 3 des § 839 bezieht sich nicht nur auf den zweiten, sondern auch auf den ersten Absatz. Besser als „Rechtsmittel" bringt „Rechtsbehelf" den Sinn zum Ausdruck. Uebereinstimmen Endemann a. a. O. S. 1272 Anm. 6, Linckelmann a. a. O. S. 100, Delius a. a. O. S. 50, Meltz a. a. O. S. 80.

des Rechtsmittels aufrecht erhalten bleiben. Darum könnte, hätte lediglich die Bestimmung des § 839 B.G.B. zur Anwendung zu kommen, eine Schadensersatzverbindlichkeit des Beamten trotzdem bestehen. Denn ein Rechtsmittel ist eingelegt. Der Verletzte hat seiner Verpflichtung genügt. Die Aufrechterhaltung der Verfügung und die damit ausgesprochene Rechtmäßigkeit ihres Erlasses brauchte den über die Schadensersatzklage befindenden Richter nicht zu hindern, von jenem Bescheide unabhängig ein Verschulden des Beamten anzunehmen. Hier greifen jedoch Bestimmungen verschärfender Natur ein, die über § 839 B.G.B. hinausgehen. Auf sie wird noch zurückzukommen sein.

3. Noch eine dritte Möglichkeit besteht, die, genau genommen, wieder zwei, nach dem Erfolge der Einlegung des Rechtsmittels verschiedene, Möglichkeiten (1 a und 2 a) in sich trägt. Es ist der Fall gemeint, daß im Rechtsmittel wohl eingelegt, aber verspätet eingelegt wird. Bei dieser Gestaltung kann der Vermieter, auf dem die Rechtsmittelpflicht lastet,[172] den Schaden, den er durch verspätete Rechtsmitteleinlegung erleidet, nicht vergütet verlangen, ganz gleich, ob der Schaden vorwiegend von der polizeilichen Verfügung, die ihn möglich machte, oder durch die verspätete Einlegung des Rechtsbehelfs, die ihn nicht aufhielt, verursacht ist. Denn auch hier muß mit dem ungleichen Maß des § 839 Absatz 3 B.G.B. gemessen werden. Den ihm durch die verspätete Einlegung des Rechtsmittels entstandenen Schaden hat der Vermieter zweifellos „fahrlässig unterlassen, durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden".

Dieses letzte Ergebnis, mit einem früheren zusammengehalten, ist von unmittelbarer Bedeutung. Dem Mieter mußte, wie wir sahen, ein Schadensersatzanspruch gegenüber dem Vermieter neben der Kündigung versagt werden. Da-

172. vgl. oben S. 50.

gegen war er ihm soweit zuzugestehen gewesen, als der Schaden, dessen Ausgleich er forderte, durch eine auf eine Fahrlässigkeit des Vermieters zurückzuführende Verspätung in der Einlegung des Rechtsmittels entstanden. Soweit der Vermieter nun für diesen Schaden von dem Mieter in Anspruch genommen wird, ist ihm der Rückgriff gegen den Beamten versagt.

Der Erfolg der Einlegung des Rechtsmittels kann also verschieden sein. Der, die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Beamten umschreibende, § 839 B.G.B. legte auf den Ausgang des durch die Einlegung des Rechtsmittels angeregten Verfahrens keinen Wert. Er verlangte nicht Aufhebung der beschwerenden Verfügung, forderte nicht Durchführung des Streits durch alle Instanzen.[173] Bloß den Versuch, auf gewöhnlichem Wege Recht zu erlangen, wollte er fördern, auf das Unterlassen sofortiger Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen hinwirken.

Ganz andere Gedanken beherrschen den, die Vorschrift des § 839 B.G.B. kreuzenden, § 6 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 „über die Zulässigkeit des Rechtswegs in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen“ [174, 175]. Nach ihm bleiben

---

173. vgl. Endemann a. a. O. S. 1272 Anm. 6; entsprechend Meltz a. a. O. S. 83, Rothschild a. a. O. S. 66/67, Text und Anmerkung, und den bei dem letzteren citierten Dorner Kommentar zum Badischen Ausführungsgesetz zum B.G.B.

174. Hierunter sind sowohl sicherheits- wie wohlfahrtspolizeiliche Verfügungen zu verstehen. Vgl. Hauser a. a. O. S. 121, auch Sydow Die Zulässigkeit des Rechtswegs S. 117.

175. Vor diesem Gesetz galten in Preußen die §§ 74, 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht, die §§ 38/40 der Verordnung vom 26. Dezember 1808 wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-Polizei- und Finanzbehörden (dazu für das Gebiet des Rheinischen Rechts das in seiner Geltung — Bornhak Preußisches Staatsrecht II S. 457 — bestrittene Rheinische Ressortreglement vom 20. Juli 1818; vgl. auch Oppenhoff Ressortverhältnisse S. 3 Anm. 2), die Kabinetsordre vom 4. Dezember 1891 (Gesetz-Sammlung S. 255). In eindringender

„dem Beteiligten seine Gerechtsame nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Vertretungsverbindlichkeit der Beamten vorbehalten", wenn „eine polizeiliche Verfügung im Wege der Beschwerde als gesetzwidrig oder unzulässig aufgehoben" wird.[176] Die Entschädigungsansprüche gegen einen Beamten wegen einer von ihm erlassenen ungerechten polizeilichen Verfügung können nach § 1 Absatz 2 des Gesetzes im Rechts-

---

Forschung hat Entstehung und Zusammenhang dieser Gesetze entwickelt Anschütz in der dritten Studie seiner Schrift: „Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt." Über die bestrittene Giltigkeit der Kabinetsordre von 1831 vgl. unten S. 132/134 Anm. 200.

Zu dem Gesetze selbst, insbesondere zu seinem § 6, vgl. Biermann Privatrecht und Polizei in Preußen S. 186 ff, Oppenhoff Die Preußischen Gesetze über die Ressortverhältnisse S. 342/346, Anmerkungen 159—179, Stoelzel Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen S. 225/228, Koehne Das Preußische Gesetz vom 11. Mai 1842 S. 46/55, Bemerkungen 37/62, auch v. Rönne Staatsrecht S. 509 Anm. 2, Bornhak Preußisches Staatsrecht II S. 459 ff, Löwenberg Beiträge zur Kenntnis der Motive der Preußischen Gesetzgebung S. 602/603, Hauser a. a. O. S. 121/122, Jastrow Der Einfluß der Reichsjustizgesetze und der zugehörigen Ausführungsgesetzgebung auf einzelne Einrichtungen des Preußischen Rechts, Gruchots Beiträge Bd. XXX S. 332 sub VIII.

Vgl. ferner die Praxis des Gerichtshofs zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten, Erkenntnisse vom 25/XI 1853; 16/XII 1854; 6/X 1855; 25/X 1856; 7/III 1857; 8/II 1862; 14/XI 1873 (J.M.Bl. 1854 S. 16, 1855 S. 51, 407; 1857 S. 110, 363; 1862 S. 214; 1874 S. 47) und Parey Rechtsgrundsätze des Kgl. Preußischen Gerichtshofs zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte No. 165, 170, 729, 844, 857, 894. Auch Oppenhoff a. a. O. Anm. 161, Jastrow a. a. O. S. 332 Anm. 49. — Eine Beurteilung des Gesetzes mehr vom leidenschaftlich-politischen, als vom juristisch wägenden Standpunkt findet sich bei Lasker Zur Verfassungsgeschichte Preußens S. 181 ff: Polizeigewalt und Rechtsschutz in Preußen.

176. Dieser Paragraph gilt auch in den neu erworbenen Landesteilen; vgl. die Kgl. Verordnung vom 16/IX 1867 Art. 1 (Gesetzsammlung für die Preußischen Staaten S. 1515) und Erkenntnis des Kompetenzgerichtshofs J.M.Bl. 1870 S. 82. Siehe auch Illing-Kantz Handbuch S. 440 Anm. 1, Biermann a. a. O. S. 186 Anm. 2.

wege geltend gemacht werden. Aber die Geltendmachung ist an die Bedingung der vorgängigen Aufhebung der Verfügung geknüpft.[177]

Die Gründe für diese Bestimmung sind begreiflich. Die Verfolgungserschwerung des § 839 B.G.B. bezweckt, den Beamten gegen das Publikum in Schutz zu nehmen. Dabei ist eine Ueberspannung zu vermeiden. Vorgängige Auf-

---

177. Ob die Aufhebung im Wege der Verwaltungsbeschwerde oder des Verwaltungsstreitverfahrens geschieht, ist unerheblich. Die Unzweckmäßigkeit der Verfügung kann nur mit der Beschwerde, die Unrechtmäßigkeit auch im Wege der Klage gerügt werden (vgl. A.L.V.G. § 127, Rosin Artikel: Polizeiliche Verfügungen a. a. O. § 4). Die Möglichkeit, die polizeiliche Verfügung im Verwaltungsstreitverfahren anzufechten, ist erst durch § 131 A.L.V.G. geschaffen worden. Das Gesetz vom 11. Mai 1842 kannte nur den Beschwerdeweg.

Eine bloße Zurücknahme der Verfügung durch den Beamten, der sie erlassen, genügt nicht. Vielmehr muß, auch wenn die Verfügung zurückgenommen wird, noch ausdrücklich ihre Mißbilligung ausgesprochen werden. Dazu bedarf es aber nicht einer förmlichen Aufhebung im Beschwerde- oder Klagewege. Es genügt jede, sei es auch von Amtswegen. ausgesprochene Mißbilligung der Verfügung als einer gesetzwidrigen und unzulässigen durch die vorgesetzte Dienstbehörde (E.R.G. XX 301/2). Vgl. J.M.Bl. 1884 S. 45, Illing-Kautz a. a. O. S. 441 Anm. 4, Brauchitsch Verwaltungsgesetze 1 Anm. 253 (S. 136), Stoelzel a. a. O. S. 226.

Würde die Entschädigungsklage vor der Aufhebung der polizeilichen Verfügung angestrengt werden, so würde sie als zum Rechtsweg ungeeignet abgewiesen werden müssen. Vgl. die Praxis des Kompetenzgerichtshofs J.M.Bl. 1854 S. 16 und 1857 S. 365; D.J.Z. V S. 506; Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 4. Februar 1882 (VIII 413), Entscheidung des Reichsgerichts vom 25. September 1890 (XXVII, 179). Übereinstimmend Oppenhoff a. a. O. S. 343/344 Anm. 165, Mayer Deutsches Verwaltungsrecht S. 235/236 Anm. 20. Unrichtig ist wohl die Ansicht, wonach nicht wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs, sondern wegen Mängel in der Begründung des Anspruchs die Klage zurückzuweisen sei. Hiergegen auch E.R.G. 20 S. 302.

Über den Fall, daß die Verfügung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, „weil sie ihre Vollziehung schon in sich trägt", vgl. Oppenhoff a. a. O. S. 343 Anm. 172.

hebung der Verfügung kann nicht gefordert werden. Darin würde eine Unbill gegen den Verletzten liegen.

§ 6 des genannten Gesetzes, der vorgängige Aufhebung der Verfügung zur Durchführung der Schadensersatzklage verlangt, will auch keine Unbill begehen. Was er bezweckt, soll keine Erschwerung der Rechtsverfolgung sein, wenn er sie auch tatsächlich herbeiführt. Seinen Zwecken liegt jede Belastung des Verletzten fern. Was er will, ist, die Verwaltungsbehörden gegen die Gerichte schützen. Ebenso wie die Entscheidung über die Anfechtung polizeilicher Verfügungen den Gerichten nicht zusteht, sondern Verwaltungsorganen übertragen ist, so soll auch eine nur mittelbare Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der erlassenen Verfügung bei Gelegenheit der Erledigung der Entschädigungsklagen den Gerichten entzogen sein.[178] Für diesen Schutzzweck ist es unumgänglich erforderlich, die Aufhebung der polizeilichen Verfügung zu verlangen, ehe die Entschädigungsklage angestrengt werden darf.

Mieter und Vermieter müssen also, wenn sie mit Entschädigungsansprüchen an den Beamten herantreten, zuvor die Aufhebung der beschwerenden polizeilichen Verfügung nachweisen. Dabei ist der Mieter dadurch im Vorteil, daß die Rechtsmittelpflicht auf dem Vermieter lastet, solange das Vertragsverhältnis andauert. Erst, wenn eine Lösung der Vertragsbeziehungen herbeigeführt ist, ist er selbst zur Rechts-

---

178. Otto Mayer findet auch die, so geschmälerte, Zuständigkeit der Gerichte für Entschädigungsklagen überhaupt unangebracht. Sie sei der Grund, der einem selbständigen Ausbau einer (öffentlich-rechtlichen) Entschädigungspflicht des Staates, wie sie ihm am Herzen liegt, entgegenstehe. Er will daher (Die Entschädigungspflicht des Staates usw. S. 25) unter „Beseitigung der Justizzuständigkeit" die Entscheidung über „Ansprüche auf Ausgleichung besonderer Nachteile aus der öffentlichen Verwaltung" auf die Verwaltungsbehörden übertragen und nur letztinstanzlich die Berufung an das Oberverwaltungsgericht zulassen.

mitteleinlegung verbunden,[179] wenn er Ersatz seiner Schäden erlangen will.[180]

---

179. Einzulegen sind die Rechtsmittel nach §§ 127|128 A.L.V.G. (betreffs der geschichtlichen Entwicklung der Anfechtung polizeilicher Verfügungen vgl. Rosin in Stengels Wörterbuch II 2, 270, 273).

1. Wenn es sich um eine Verfügung einer Ortspolizeibehörde auf dem Lande oder einer zu einem Landkreise gehörigen Stadt unter zehntausend Einwohnern handelt, hat der Betroffene die Möglichkeit,

a. Beschwerde beim Landrat und gegen seinen Bescheid beim Regierungspräsidenten (A.L.V.G. § 127 a) einzulegen oder

b. Klage beim Kreisausschuss im Verwaltungsbeschlussverfahren zu erheben, vorausgesetzt, dass er behauptet,

α. dass der angefochtene Bescheid durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des bestehenden Rechts, insbesondere auch der von den Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verordnungen, ihn in seinen Rechte verletze; oder

β. dass die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden. (§§ 128, 127 Abs. 3 und 4 A.L.V.G.)

2. Wenn die Verfügung von der Ortspolizeibehörde eines Stadtkreises, mit Ausnahme von Berlin, einer zu einem Landkreise gehörigen Stadt von mehr als zehntausend Einwohnern oder von einem Landrat erlassen ist, kann der Betroffene

a. beim Regierungspräsidenten und gegen seinen Bescheid beim Oberpräsidenten Beschwerde eiulegen (§ 127 Absatz 1b A.L.V.G.),

b. unter den gleichen Voraussetzungen wie oben (sub 1 b) Klage beim Bezirksausschuss im Verwaltungsbeschlussverfahren erheben (§ 128 Abs. 1 b l. c.).

3. Liegt eine Verfügung des Polizeipräsidenten von Berlin vor, so geht

a. die Beschwerde an den Oberpräsidenten, gegen dessen Bescheid eine weitere Beschwerde unzulässig ist (§ 127 Abs. 1 sub c. l. c.),

b. die Klage unter den oben (sub 1 b) angegebenen Voraussetzungen an den Bezirksausschuss im Verwaltungsbeschlussverfahren.

Gegen den in letzter Instanz ergangenen Bescheid des Regierungspräsidenten oder Oberpräsidenten findet ausserdem die Klage beim Oberverwaltungsgericht statt, die darauf zu gründen ist, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für die ergangene polizeiliche Ver-

Diese Behauptungen stehen und fallen mit dem § 6 des Gesetzes vom 11. Mai 1842. Man hat die Fortdauer seiner Geltung mehrfach bezweifelt. In der Tat ist seine Beseitigung im Jahre 1861 gelegentlich einer Gesetzesabänderung gep'ant gewesen. Aber die Vorlage, die die Aenderung enthalten, ist Entwurf geblieben. Gerade daraus, daß seine Aufhebung besonders ausgesprochen werden sollte, folgt jedenfalls, daß er — entgegen der Auffassung eines bedeutenden Staatsrechtslehrers[181] — durch § 97 der Preußischen Verfassungsurkunde noch nicht aufgehoben war. Sicherlich ist er auch unberührt geblieben durch den § 67 des Gesetzes über die Organisation der allgemeinen Landesverwaltung vom 26. Juli 1880 und den § 131 des Gesetzes über die Allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883. Beide weisen besonders auf ihn hin. Unzweifelhaft hat ihn auch § 11, Absatz 1 E.G.G.V.G. trotz seines grundsätzlichen Gegensatzes unangetastet gelassen.[182] Das ist durch eine Anzahl höchstrichterlicher Er-

---

fügung fehlen oder die rechtlichen Unterlagen für ihren Erlass mangeln (§ 127 Absatz 3 und 4 l. c.).

Ueber Form und Frist der Beschwerde und Klage vgl. das Nähere in §§ 129/130 A.L.V.G.

180. Dass die polizeiliche Verfügung, auf die sich der Klageanspruch gründet, von der Aufsichtsbehörde oder dem Verwaltungsgerichte aufgehoben ist, schliesst die Konfliktserhebung nicht aus (O.V.G. VIII 408 ff. gegen E.K.G. J.M.Bl. 1877 S. 43 ff.).

181. v. Rönne a. a. O. S. 509 Anm. 2, der die vom Kompetenzgerichtshof gebilligte (J.M.Bl. 1862 S. 216) Auslegung des § 6, wonach die Aufhebung der Polizeiverfügung Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Beamten ist, für verfassungswidrig hält.

182. Besonders nimmt Hauser (a. a. O. S. 124 ff.) mit guten Gründen den § 6 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 gegen die Angriffe aus § 11 E.G.G.V.G. in Schutz. Er führt aus, daß durch § 11 nur die Verfolgungserschwerungen ausgeschlossen werden, nicht dagegen in die Zuständigkeitsabgrenzung von Justiz und Verwaltung eingegriffen werden soll. Diejenigen landesgesetzlichen Bestimmungen, welche die Verfolgung der Beamten vor den an sich zuständigen Behörden an besondere Voraussetzungen knüpfen, sollen ausser Kraft treten. Dagegen solle die, sich landesgesetzlich verschiedentlich findende, Einengung

kenntnisse festgestellt.[183] Die Praxis hat auch seine fortdauernde Geltung stets unbedenklich angenommen. Eine neuere reichsgerichtliche Entscheidung hat seine Fortdauer auch gegenüber § 839, Abs. 3 B.G.B. anerkannt.[184] Die vorgängige Aufhebung der polizeilichen Verfügung ist damit nach wie vor Erfordernis für die Erhebung von Schadensersatzansprüchen gegen den Beamten. Daß darin eine erhebliche Erschwerung für ein Vorgehen liegt, ist nicht zu verkennen.

---

der gerichtlichen Zuständigkeitsgrenzen vollkommen uneingeschränkt bleiben. Das Erfordernis vorgängiger Aufhebung der polizeilichen Verfügung, wie es § 6 aufstelle, lasse sich daher durchaus mit dem gegenwärtigen Gesetzgebungsstand vereinen. (Vgl. auch Struckmann-Koch Civilprozessordnung zu § 11 E.G.V.G. S. 1298 sub 5, Wilmowski-Levy a. a. O. zu § 11 E.G.G.V.G. S. 1374 sub 2, Rönne a. a. O., Mayer Deutsches Verwaltungsrecht S. 237/238). — Andere Gründe für die durch § 11 E.G.G.V.G. unberührte Fortgeltung des § 6 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 führt v. Sarwey an (Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege S. 314). Nach ihm erklärt sich die fernere Geltung des § 6 daraus, dass seine Bestimmung als materiell-rechtliche von den Vorschriften des § 11 E.G.G.V.G nicht betroffen werde. Gegen die v. Sarwey'sche Auffassung aber erheben sich starke Bedenken. Den von Jastrow (a. a. O. S. 332) gegen Sarwey gerichteten Angriffen wird man daher in vollem Umfange zustimmen müssen, so wenig sonst die von Jastrow vorgebrachten Behauptungen überzeugen können. Insbesondere erscheint seine Annahme, dass „die Landesgesetzgebung die Regressklage wegen polizeilicher Verfügungen von dem im § 6 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 aufgestellten Erfordernisse nicht mehr abhängig machen darf und dass die später ergangenen §§ 67 und 131 der Gesetze über die allgemeine Landesverwaltung der Rechtswirksamkeit entbehren", keineswegs genügend begründet.

183. Vgl. die bei Jastrow a. a. O. S. 354 Anm. 53 aufgeführten Entscheidungen des Kompetenzgerichthofs vom 12. 1. 1884 (M. Bl. f. d. g. i. V. 1884 S. 45), des O.V.G. vom 4. 1. 1882 (VIII S. 409) usw.

184. E.R.G. LI (N.F.I.) S. 329/330. Dazu Lehmann D.J.Z. 1903 S. 114; vgl. auch Delius Die Haftpflicht des Beamten unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung D.J.Z. 1904 S. 533.

§ 17.

b. Die Unmöglichkeit für den Verletzten, von anderer Seite Ersatz zu erlangen.

Der Voraussetzungsrahmen des § 839 B.G.B. umspannte als weitere Bedingung für die Inanspruchnahme des Beamten: Die Unmöglichkeit, von anderer Seite Ersatz zu erlangen.[184] Diese Bedingung umfaßt nicht den gleichen Bereich von Fällen wie die erste. Sie beansprucht Geltung nur für den Fall, daß dem Beamten Fahrlässigkeit zur Last fällt. Hat er vorsätzlich gehandelt, so scheidet sie aus; die Subsidiarität seiner Haftung tritt dann nicht in die Erscheinung. Nur die vorgängige Aufhebung der Verfügung bleibt Voraussetzung seiner Inanspruchnahme. Die sekundäre Natur der Beamtenhaftung und die weiteren Betrachtungen, die sich mit dieser beschäftigen sollen, sind bei solcher Lagerung des Falls ohne Bedeutung.

Hat der Beamte aber fahrlässig gehandelt, so ergibt sich, daß, wenn der Verletzte eine andere Person in Anspruch nehmen kann, der Beamte trotz seiner schuldhaften Handlungsweise von jeglicher Schadensersatzverbindlichkeit frei wird.[185] Eine fruchtlose Zwangsvollstreckung in das Ver-

---

184. Die Protokolle Bd. II S. 660|661 nennen als Grund dieser seltsamen Bestimmung den für den Beamten fortwährend bestehenden Zwang, in fremde Verhältnisse einzugreifen, und die dabei vorwaltende Besonderheit einer nicht zu eignem Vorteil geübten Tätigkeit. Vgl. Rothschild a. a. O. S. 65; dagegen Meltz a. a. O. S. 35/36. — Im übrigen auch ähnlich schon A.L.R. II 10 § 91. Über die Abweichungen vgl. Meltz a. a. O. S. 36.

185. Daß er nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag, hat der Verletzte zu beweisen. Planck a. a. O. S. 639 sub d, Oertmann a. a. O. zu § 839 sub 5, Delius Die Haftpflicht des Beamten S. 53 Anm. 1, Rothschild a. a. O. S. 65, Meltz a. a. O. S. 37 ff, besonders in Anm. 2 auf S. 38; anders Linckelmann a. a. O. S. 101. Endemann a. a. O. I S. 1272 Anm. 7 weist darauf hin, „daß in der praktischen Anwendung dem Verletzten gar nicht zugemutet werden kann, die ergebnislose Erhebung sämtlicher denkbarer anderer Ansprüche darzulegen". Der Sachverlauf wird vielmehr der sein, daß der Beamte

mögen des zunächst Verpflichteten würde allerdings die Möglichkeit des Rückgriffs geben. Denn „es macht keinen Unterschied, ob überhaupt kein anderer zum Ersatze verpflichtet ist oder ob der Verletzte keinen Ersatz zu erlangen vermag, weil der an sich Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist."[186]

Damit erweist sich der eine Grund, der den Mieter zur Anstrengung einer Schadensersatzklage gegen den Beamten bewegen mochte: möglichst mehrere Verpflichtete zu gewinnen, um bei der Unzulänglichkeit des Vermögens des einen Inanspruchgenommenen Deckung durch das Vermögen des anderen zu gewinnen,[187] als hinfällig.

Die Subsidiarität der Beamtenhaftung verlangt, um von Belange zu werden, daß eine dritte in Anspruch zu nehmende Person vorhanden ist. Damit scheint die Frage für uns gegenstandslos zu werden. Denn es ist nicht ersichtlich, wer statt des Beamten zur Leistung des Schadensersatzes herangezogen werden könnte. Für einen Teil der Ansprüche ist allerdings ein Dritter zu finden. Wegen des Schadensersatzes, für den — in dem gekennzeichneten, begrenzten Umfang — der Vermieter dem Mieter haftet, kann der Mieter nicht den Beamten in Anspruch nehmen. Er ist, wegen der sekundären Natur der Beamtenhaftung, in diesem Fall ausschließlich darauf angewiesen, sich an den Vermieter zu halten. Aber damit scheint sich die Anwendbarkeit der Subsidiarität der Beamtenhaftung auch zu erschöpfen. Für den überwiegenden Umfang der Ansprüche des Mieters, für die gesamten Ansprüche des Vermieters, scheint die sekundäre Haftung des Beamten ohne jede Bedeutung. Steht doch

---

beweist, daß ihm bloß Fahrlässigkeit zur Last fällt, und den in Anspruch zu nehmenden Dritten bezeichnet. Der Verletzte mag dann beweisen, daß der Angriff gegen diesen erfolglos war oder aussichtslos sein würde. Ob aber dieser gewiß sehr praktische Wink mit der Regelung der Beweislast, wie sie aus der Fassung des Gesetzes sich ergiebt, völlig vereinbar ist?

186. Planck a. a. O. zu § 839, S. 639 sub d; Meltz a. a. O. S. 38.

187. Vgl. oben S. 81.

außer dem Mieter und dem Vermieter, die gerade Träger des Schadensersatzanspruchs sind, und dem in Anspruch genommenen Beamten niemand zu dem den Schaden verursachenden Vorgang in irgend welchen Beziehungen. Das erregende Moment, das einen Dritten zur Schadensersatzleistung verbinden könnte, fehlt. Das einzige, woran sich denken ließe, wäre, daß in gewissen Fällen nicht der die Verfügung erlassende Beamte, sondern die diesem vorgesetzte Behörde zur Schadenstragung verpflichtet sei. Dies würde anzunehmen sein, wenn die polizeiliche Verfügung im Anschluß an eine von der vorgesetzten Behörde erlassene Verordnung ergangen. Dann würde allerdings ein Verschulden nicht den die Verfügung erlassenden Beamten treffen, der bloßes Vollzugsorgan war, sondern die Behörde, von der die unberechtigte Verordnung ausgegangen ist.[188] Aber eben deshalb kann man nicht sagen, daß die Schadensersatzlast hier einen von dem Beamten verschiedenen Dritten beschwere. Mieter und Vermieter würden in diesem Fall ihre Ansprüche nicht gegen den Beamten richten, dessen Verfolgung sich ihnen allerdings zunächst aufdrängt, sondern gegen die Behörde, die den Schaden in Wirklichkeit verursacht hat.[189] Alles was bisher für den Beamten gegolten, würde auf die

188. Denn die dem untergeordneten Organe obliegende Prüfungspflicht erstreckt sich nur darauf, ob die vorgesetzte Behörde die allgemeine sachliche und örtliche Zuständigkeit zum Erlaß der Verordnung besaß. Die inhaltliche Übereinstimmung der erlassenen Verordnung mit den der Behörde im einzelnen verliehenen Vollmachten zu prüfen, ist weder Recht noch Pflicht des untergeordneten Organes. Laband a. a. O. S. 434, Geses a. a. O. S. 46 ff, S. 182.

189. Ein strenger Zusammenhang in kausalem Sinne ist auch hier nicht herzustellen. Eine Unterbrechung der Kausalkette durch den verfügenden Beamten wird kaum zu bestreiten sein. Zu erwägen bleibt aber, daß der Beamte durch die Verordnung gebunden ist, unfrei handelt, als Werkzeug erscheint. Dies konnte bei dem Verhältnis von Gutachter und Beamten nicht angenommen werden. Denn nicht der Beamte erscheint dort als Werkzeug des Sachverständigen, sondern der Sachverständige als Werkzeug des Beamten, der ihn bestellte.

Behörde zu übertragen sein. Ihre Haftung träte an die Stelle der des Beamten. Verschiedenheiten sind nicht erweislich. Denn auch das vorgeordnete polizeiliche Organ, das die Verordnung — allerdings unter Zustimmung gewisser Vertretungskörper — erlassen, ist Einzelperson. Die nicht einfachen Vorschriften über die Haftung eines Kollegiums (A.L.R. II 10 § 127 ff.), die Abweichendes ergeben würden, bleiben daher außer Betracht.[190]

Danach scheint die Subsidiarität der Beamtenhaftung für die Mehrzahl der Fälle nicht zu verwirklichen. Dennoch läßt, bei näherem Betrachten, sich die Möglichkeit der Inanspruchnahme eines Dritten nicht von der Hand weisen. Allerdings kann sie nur für eine Gruppe von Fällen behauptet werden. Und auch für diese ist der Nachweis nur schwer zu führen. Immerhin läßt sich für einen Teil von Fällen die Schadensersatzverbindlichkeit eines Dritten dartun. Als belastet wird sich das Gemeinwesen ergeben.

Die Handhabe für die Belastung der Gemeinde bieten Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts über Vermögensbeschädigungen durch Handhabung der Staatsgewalt. Beträchtlicher Streit hat sich über diese entsponnen.

Bei der Untersuchung wird von der Entschädigungspflicht des Staats (und engerer Verbände) bei Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt auszugehen sein. Erst wenn diese umrissen ist, kann auf die Folgen einer Vermögensbeschädigung durch ungerechtfertigte Handhabung der Staatsgewalt eingegangen werden.

Die Frage nach der Entschädigungspflicht bei Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt haben zwei Schriftsteller in gleichzeitig erschienenen Arbeiten neuerdings behandelt.[191] Die von ihnen vertretenen Ansichten gehen auseinander.[192]

190. Vgl. über diese Motive II S. 826.

191. Stellung zu der Frage nehmen auch Georg Meyer (Lehrbuch

Anschütz[193] gelangt in seiner Schrift: „Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt" auf Grund eindringender geschichtlicher Forschung für den staatlichen Entschädigungszwang zu einer Gegenüberstellung von Polizeigesetz einschließlich der hier besonders wichtigen Polizeiverordnung und Polizeiverfügung.[194] Bei einer Vermögensbeschädigung, die durch

des Deutschen Staatsrechts S. 815) und Loening (Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts S. 255), die beide einen staatlichen Entschädigungszwang nur annehmen, wenn er in einem eigenen Gesetze „durch besondere Rechtsvorschriften" besonders vorgesehen ist; Otto Mayer (Deutsches Verwaltungsrecht II S. 346 ff.), der aus Gründen ausgleichender Gerechtigkeit, die in einem eingewurzelten deutschen Gewohnheitsrecht ihren Ausdruck finde, eine Entschädigungspflicht vorsieht (soweit es sich nicht um durch „Rechtssätze" (S. 358) auferlegte Opfer handelt), wenn die staatlich erzwungene Aufgabe von Rechten den einzelnen besonders trifft, während er sie zurückweist, wenn das Opfer alle gleichmässig belastet; er macht dabei zwischen rechtmässigen und unrechtmässigen Eingriffen keinen Unterschied, scheidet aber „Polizeimassregeln jeder Art" aus. (Gegen ihn treffend Meyer a. a. O. S. 815 Anm. 5); Gierke (Deutsches Privatrecht I 195), der einen Entschädigungszwang des Staates ganz allgemein behauptet; endlich — eigene Wege gehend — Rosin (Polizeiverordnungsrecht S. 148 ff.), dessen Ansicht noch näher zu betrachten ist, und in Anlehnung an ihn Westhoff (Der Schadensersatzanspruch des Bergwerksbesitzers bei Anordnung eines Sicherheitspfeilers durch bergpolizeiliche Verfügung, Zeitschrift für Bergrecht Bd. XXXXIII S. 451 ff.), dem weiterhin auch noch einige Bemerkungen gelten. Vergleiche auch Fleischmann (Die Entschädigung der öffentlichen Betriebsunternehmungen bei polizeilich verfügter Strassensperrung, Zeitschrift für Eisenbahnrecht XX S. 286 ff., 370 ff., Bd. XXI S. 309 ff., 423 ff.), der sich Anschütz anschliesst (S. 273).

192. Biermann „Privatrecht und Polizei in Preussen"; und Anschütz „Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmässige Handhabung der Staatsgewalt". Beide Schriften 1897.

193. S. 119 ff.

194. Zuerst ist das Auseinandergehn von Polizeiverordnung und Polizeiverfügung von Rosin a. a. O. § 24 S. 148 ff. betont worden. Er führt aus, dass, bei der vom Gesetz (A.L.R. I 22 § 1,2) gemachten Unterscheidung von „gesetzlichen Einschränkungen des Eigentums" und anderen, zu den gesetzlichen Einschränkungen auch die durch Polizei-

eine auf ein Polizeigesetz oder eine Polizeiverordnung zurückführende Polizeiverfügung entstanden ist, verwirft er die staatliche Entschädigungspflicht. Bei einer Vermögensbeschädigung, die durch eine Polizeiverfügung verursacht ist, welche nicht in einem Polizeigesetz oder einer Polizeiverordnung vorbehalten ist, sondern in allgemeinen polizeilichen Machtbefugnissen, insbesondere in der Generalvollmacht des § 10 II 17 A.L.R.,[195] wurzelt, behauptet er die Schadensersatzverpflichtung des Staates. Die Unterscheidung ist eine rein formale. Das Mißliche einer solchen Unterscheidung gibt auch Anschütz zu.[196] Er verwirft sie de lege ferenda. Dem vorhandenen Gesetzesstoffe gegenüber aber glaubt er, sich ihr nicht entziehen zu können.

Auf Vermögensbeschädigungen durch unrechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt übertragen, würde diese Ansicht zu folgenden Ergebnissen führen. Der Unterschied zwischen Verfügungen, die auf Verordnungen beruhen, und solchen, die auf allgemeine polizeiliche Machtbefugnisse zurückführen, würde sich verwischen. Bei Ausspinnung der Anschützschen Gedankenreihen würde in beiden Fällen an die Vermögensbeschädigung eine staatliche Entschädi-

---

verordnungen veranlaßten gehören, da die Polizeiverordnung „ihrem Inhalte nach Gesetz" sei „und ihre Namen auf Grund gesetzlicher Delegation ebenso, wie die des formellen Gesetzes, Rechtssätze darstellen." Die auf freien Willensentschluß der Verwaltung hin im Einzelfall ergehende Verfügung führe dagegen keine „gesetzliche Einschränkung" herbei.

Rosin gelangt sonach zu dieser Trennung von Polizeiverordnung und Polizeiverfügung auf Grund der von ihm entwickelten Auffassung der Polizeiverordnung als Gesetz. Westhoff (vgl. unten S. 134, Anm. 201) gewinnt den Gegensatz, wie sich ergeben wird, durch Auslegung des Gesetzes (A.L.R. I 22 §§ 1,2 in Verbindung mit der Kabinetsordre vom 4. Dezember 1831), während Anschütz (vgl. den Text, besonders S. 131) aus geschichtlichen Brtrachtungen zu ihm gelangt und Biermann (vgl. den Text S. 138 ff.) ihn überhaupt nicht mit der den andern eigentümlichen Schärfe erfaßt.

195. Vgl. oben S. 8 Anm. 2.

196. Anschütz a. a. O. S. 133.

gungspflicht zu knüpfen sein. Für Verfügungen, die sich auf allgemeine polizeiliche Machtvollkommenheiten gründen, ergibt sich diese Schadensersatzverpflichtung des Staates aus einem Schlusse a minore ad majus: Wie nach Anschütz eine in rechtmäßiger Handhabung der Staatsgewalt erlassene, auf allgemeinen polizeilichen Vollmachten ruhende Verfügung eine Schadensersatzverpflichtung auslöst, so muß eine Schadensersatzverbindlichkeit auch bei einer solchen, in unrechtmäßiger Ausübung der Staatsgewalt erlassenen, Verfügung bestehen. Denn das der polizeilichen Verfügung anhaftende Unrecht kann nur als ein die Schadensersatzpflicht steigerndes, nicht als sie aufhebendes, Moment in Betracht kommen. Auf der anderen Seite wird für Verfügungen, die auf polizeiliche Verordnungen zurückführen, eine Belastung des Staates mit der Entschädigungspflicht aus einfachen Erwägungen anzunehmen sein. Die polizeilichen Verfügungen, die in Anlehnung an eine Polizeiverordnung ergehen, werden von dieser nur gedeckt, sofern oder soweit sie rechtmäßig sind. Mangelt ihnen die tatsächliche Unterlage in den Verhältnissen, die sie angeblich als notwendig erscheinen ließen, oder fehlt ihnen die rechtliche Grundlage, indem sie über den, von der Verordnung erfaßten, polizeilichen Zuständigkeitsbereich hinausgreifen, so kann von einer Deckung durch die Polizeiverordnung nicht mehr die Rede sein. Die Befreiung von dem Schadensersatzzwange, die für Verfügungen besteht, die von der Verordnung umfaßt werden, entfällt. Da sie höchstens noch in allgemeinen polizeilichen Machtbefugnissen wurzeln können, tritt bei ihnen ebenfalls die staatliche Entschädigungspflicht in die Erscheinung.

In dieser Uebertragung wird die Ansicht von Anschütz für uns von Bedeutung. Sie fordert zu einer Bekämpfung heraus. Der Kampf gegen sie ist naturgemäß nicht gegen die unreine Form zu führen, in der sie bei Vermögensbeschädigungen durch unrechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt erscheint. Vielmehr muß auf ihre reine Form zurück-

gegangen werden. Wird sie aber in dieser Grundform widerlegt, so fällt sie auch in der abgeleiteten Form in sich zusammen.

Bei näherem Erfassen läßt sich die Anschützsche Lehre nicht halten. Die Ergebnisse, zu denen sie führt, sind unannehmbar; die Gründe, die sie stützen, anzuzweifeln. Beides zwingt zur Ablehnung.

Allen Gründen, die Anschütz beibringt, haftet unseres Erachtens bei aller Feinheit der Beweisführung etwas willkürlich Konstruktives an. Seine Beweisfolge ist:

A.L.R. I 22 § 1, 2 lauten:[197]

„Den gesetzlichen Einschränkungen des Eigentums ist ein jeder Grundbesitzer sich zu unterwerfen verbunden (Tit. 8 § 33 sqq.)“

„Für Einschränkungen und Belastungen dieser Art kann kein Grundbesitzer eine im Gesetze ihm nicht ausdrücklich vorbehaltene Entschädigung fordern.“

Der Ausdruck „gesetzliche Einschränkungen“ macht Schwierigkeiten. Anschütz erklärt ihn geschichtlich.[198] Er umfasse alle Schranken des Eigentums, welche sich auf „ein Gesetz, eine Polizeiverordnung oder eine in beiden vorbehaltene behördliche Anordnung“ gründen. Das Allegat, das dem § 1 beigefügt sei, solle keineswegs erschöpfend die ohne Entschädigung zu tragenden Einschränkungen des Eigentums aufführen. Vielmehr habe freie Analogie zu walten. Sie führe auf die genannten Formen als die möglichen Quellen

---

197. Daß neben dem B.G.B. diese landesgesetzlichen Bestimmungen in Kraft geblieben sind, darüber vgl. Anschütz a. a. O. S. 135 (auch Westhoff a. a. O. S. 453).

198. Vgl. a. a. O. S. 118 ff. Er verweist auf § 1 Th. II Abt. III Tit. 21 des gedruckten Entwurfs eines allgemeinen Gesetzbuchs („Jeder Grundbesitzer ist schuldig, denjenigen Einschränkungen des Eigentums, welche durch allgemeine oder besondere Polizeigesetze zum gemeinen Besten vorgeschrieben sind, sich zu unterwerfen“) und auf die revisio monitorum (Mat. Bd. 80 Bl. 1967 ad § 1).

der „gesetzlichen Einschränkungen“.[199] Die Analogie dürfe aber nicht zu weit gehen. Sie habe „Halt zu machen vor dem Gebiete der auf allgemeinen obrigkeitlichen Amtsbefugnissen unmittelbar beruhenden Verfügungen.“[200/201] Aber warum?

199. Vergleiche aber E.R.G. vom 14. Juni 1890 in Gruchots Beiträgen Bd. XXXIV S. 883: „Die gesetzlichen Einschränkungen des Eigentums sind in den §§ 33 ff A.L.R. I 8 aufgeführt (vgl. das Marginale zu § 33 I 8 und das Zitat § 1 I 22)“.

200. Anschütz a. a. O. S. 121. Die Kabinetsordre vom 4. Dezember 1831, die die landrechtliche Regelung so stark beeinflußt habe, füge sich dem. Sie schließe unter den zur Entschädigung verpflichtenden Staatseingriffen die auf „Majestäts- und Hoheitsrechte“ zurückführenden aus und beschränke den Kreis der verpflichtenden Akte auf „Einrichtungen der Verwaltung“. Auch bei diesen brauche Entschädigung nur geleistet zu werden, wenn „Privateigentum“ verletzt werde (a. a. O. S. 86). Die polizeilichen Verfügungen gehörten ihrer Richtung wie ihrem Inhalt nach zu dem Gebiete der inneren Verwaltung.

Die Verbindlichkeit der Kabinetsordre vom 4. Dezember 1831, die Anschütz S. 71 ff. annimmt, muß aber bestritten werden. Denn vor ihrem Erlasse ist der Staatsrat nicht gehört worden, durch den „alle Gesetze, Verfassungs- und Verwaltungsnormen . . . . . sämtliche Vorschläge zu neuen oder zur Aufhebung, Abänderung und authentischer Deklaration von bestehenden Gesetzen“ an den König zur Sanktionierung zu gelangen hatten (Einl. zum A.L.R. § 7, Verordnungen vom 27. Oktober 1810 (G.S. S. 6) und vom 20. März 1817 § 2 (G.S. S. 68); Klüber Die Selbständigkeit des Richteramts S. 135 ff). Diese Umgehung ist auch mit vollem Bedacht erfolgt, da die Mehrheit des Staatsministeriums gar keine Gesetzesänderung beabsichtigte (Anschütz a. a. O. S. 79). Es fehlt ferner die Gegenzeichnung durch den Präsidenten des Staatsrats (Klüber a. a. O. S. 137) wie die Beglaubigung durch den Minister-Staatssekretär, die beide ebenso vorgeschrieben wie üblich waren (§ 25 der Verordnung vom 20 März 1817). Allerdings hatte der König am 28. Oktober 1817 dem Minister Graf Lottum den mündlichen Auftrag erteilt, dem Herzog Karl von Mecklenburg, dem damaligen Präsidenten des Staatsrats, mitzuteilen, daß er, der König, sich nach freiem Ermessen zu bestimmen vorbehalte, welche Gesetze dem Staatsrat zur Beratung zugewiesen werden sollten. Aber durch diese unverbindliche Form war der § 25 der Verordnung nicht aufgehoben (vgl. Treitschke Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert III 389, vor allem aber Loening Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen, Verwaltungsarchiv III S. 109 Anm. 134).

Ist eine, aus den allgemeinen polizeilichen Machtbefugnissen abgeleitete, in der Form einer Verfügung erscheinende Sperrung einer Wohnung nicht ebenfalls eine „gesetzliche Einschränkung des Eigentums"? Sollte sie es nur sein, wenn sich die sie erzwingende Verfügung auf eine Verordnung

---

Zudem will die Kabinetsordre auch nach ihrer eigenen Bekundung gar nicht Gesetz sein. Sie wollte nur „durch die Gesetzsammlung zur öffentlichen Kenntnis und zur Belehrung der Gerichte" gebracht werden, beanspruchte mithin für sich überhaupt nur die Bedeutung eines belehrenden Gutachtens (Rehm Art. „Fiskus" in Stengels Wörterbuch des Verwaltungsrechts, 3. Ergänzungsband S. 98, 99). Damit verliert sie aber ihre Verbindlichkeit für den Richter. Er muß sich ihrer Belehrung sogar entziehen, da sie im offenbaren Widerspruch zu dem Gesetzesstoffe des A.L.R. steht und diesen völlig umformt (vgl. die Zerpflückung des der Kabinetsordre zu Grunde liegenden Ministerialberichts bei Klüber a. a. O. S. 138—168)! Es verschlägt dabei nichts, anzunehmen, daß die Prüfung der Rechtsgiltigkeit gehörig verkündeter Königlicher Verordnungen nicht erst durch Artikel 106 der Preußischen Verfassungsurkunde den Behörden entzogen sei, so daß in dem Artikel nur der „absolutistische Rest des positiven Preußischen Staatsrechts" zu erblicken ist (Fleischmann a. a. O. S. 370 Anm. 29, Anschütz a. a. O. S. 78—81). Denn selbst wenn die Entziehung des Prüfungsrechts schon für den absoluten Staat Preußen angenommen wird, bedient man sich eines Trugschlusses, wenn man darauf die Verbindlichkeit der Kabinetsordre stützt. Nur für „gehörig verkündete" Königliche Verordnungen gilt nach ihrem Wortlaut jene Bestimmung der Verfassung. Und die „gehörige Verkündung" der Kabinetsordre muß eben bestritten werden.

Für die Giltigkeit der Kabinetsordre entscheiden sich Anschütz a. a. O. S. 71, Westhoff a. a. O. S. 458, Oppenhoff a. a. O. S. 52 Anm. 120, anscheinend auch Rosin a. a. O. S. 149 Anm. 7 und S. 150 Anm. 8, Fleischmann a. a. O. S. 370 ff, Jahn im Centralblatt für Preußische Juristen 1837 Spalte 439/445; Entscheidung des Obertribunals (Strieth. Arch. Bd. L.S. 139 ff.) und die bei Fleischmann a. a. O. S. 372 Anm. 33 Angeführten.

Gegen ihre Verbindlichkeit erklären sich Klüber a. a. O. S. 133 ff, Loening Verwaltungsarchiv III S. 109 Anm. 34, Thoene Fundamental-Lehren des Preußischen Privatrechts I S. 221/222, Rehm a. a. O.; Entscheidung des Obertribunals vom 27. Januar 1863 (Strieth. Bd. IL S. 54) spricht von einem „Bericht des Staatsministeriums", der „zur Befolgung veröffentlicht" sei. Zweifel scheint auch das Erkenntnis des Ober-

stützt? Ist sie „gesetzlicher“, wenn eine Verordnung sie deckt, als wenn sie umfaßt wird von dem § 10 II 17 A.L.R. oder dem Polizeiverwaltungsgesetz vom 11. März 1850, die die Polizeigewalten allgemein umschreiben? Man wird das nicht behaupten können. Denn entweder heißt eine „gesetzliche Einschränkung“ nur eine solche, die im „Gesetzbuche“, also dem A.L.R., enthalten ist. Dann würde auch eine, auf eine Polizeiverordnung sich gründende, Poleizeiverfügung eine Schadensersatzverbindlichkeit auslösen, da sie nicht den A.L.R. I 22 §§ 1, 2 unterfiele. Oder aber unter die „gesetzlichen Einschränkungen des Eigentums“ fallen auch alle polizeilichen Verfügungen, die auf allgemeinen obrigkeitlichen Amtsbefugnissen beruhen. Dann erwächst auch aus ihrem Erlaß keine Ersatzverpflichtung. Die erste Alternative führt

---

tribunals vom 14. Juli 1865 (Strieth. Archiv LX S. 116) zu hegen, indem es die Worte, daß die Kabinetsordre „auf gesetzlichem Wege“ bekannt gemacht worden sei, in Anführungsstriche setzt.

Unentschieden v. Roenne a. a. O. I S. 493/494 Anm. 2. Vgl. auch die dort angeführte Literatur.

201. Westhoff (a. a. O. S. 457 ff, 459/460) will unter den „gesetzlichen Einschränkungen“ des Eigentums nur solche verstehen, die im Gesetz unmittelbar greifbare Gestalt gewonnen haben. Anderweite, die im Gesetz nur ihren allgemeinen Grund haben, will er nicht unter sie begreifen. Die Kabinetsordre von 1831 schließe zudem mit den Majestätsrechten vom Entschädigungszwang auch die Sonderinteressen verletzenden Verordnungen aus, da sie auf dem Majestätsrechte (A.L.R. II 13, § 6) beruhen, allgemeine Verordnungen zu geben. Auf Verordnungen sich gründende Verfügungen seien daher ebensowenig wie die sich auf besondere Gesetzesbestimmung stützenden mit einer Schadensersatzverbindlichkeit verknüpft. Nur die auf allgemeinen polizeilichen Vollmachten beruhenden Verfügungen verpflichten zum Ersatze. — Nach Westhoff würde demnach, wenn lediglich der reine, von der Kabinetsordre ungetrübte Gesetzesstoff des A.L.R. Anwendung zu finden hätte, auch eine auf eine Verordnung zurückführende Verfügung zum Schadensersatz verbinden. Bei der dargetanen Unverbindlichkeit der Kabinetsordre kann also Westhoff der von Rosin und Anschütz vertretenen strengen Gegensätzlichkeit von polizeilichen Verfügungen, die auf allgemeine Vollmachten zurückführen, und solchen, die sich auf Verordnungen stützen, nicht mehr zustimmen.

zu einer Belastung der Staatsgewalt, die, vom Gesetzgeber nicht gewollt, der ständigen Praxis fremd ist und jeden polizeilichen Einfluß durch das Gegengewicht der Schadensersatzverpflichtung ausschließen würde. Die andere Alternative steht mit dem in A.L.R. I 22 § 2 enthaltenen Hinweis in innerem Widerspruch und würde Fälle überhaupt unmöglich machen, in welchen der Staat „denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten“ ist.

Schwerlich vermag also diese äußerliche Auffassung, welche die unterschiedliche Gewährung des Schadensersatzes von der Verschiedenheit der Form abhängig macht, in der der Polizei die Berechtigung zum Vorgehen erteilt wird, den Rechtsstoff zu bewältigen.[202] Sie führt auch zu unliebsamen Folgen. Sie würde auch wieder die örtliche Zerrissenheit unseres Rechts vermehren. In Kreisen, in denen die Berechtigung zur Sperrung von Wohnungen auf Bauordnungen zurückführt, würden dem Verletzten Schadensersatzansprüche nicht gegeben sein. In anderen Kreisen, wo die baupolizeiliche[203] Sperrung nicht in einer Bauordnung ihre Stütze findet, sondern sich auf § 6 f, g, i, des Gesetzes vom 11. März 1850 gründet, würde eine Schadensersatzverbindlichkeit be-

---

202. Gegen die unterschiedliche Gewährung und Versagung des Schadensersatzansprchs je nach der Rechtsquelle des Eingriffs: Entscheidung des Obertribunals vom 27. Januar 1863 (Strieth. Arch. Bd. II, S. 49 ff.) (über die Entschädigungspflicht auf Grund eines von der Kgl. Regierung zu Sigmaringen am 16. Mai 1857 erlassene Polizeiverordnung über die Errichtung von Einbindestätten, über Ausrüstung und Bestimmung von Anlandstellen usw.). Vgl. auch Westhoff a. a. O. S. 462/463.

203. Darüber, daß die Aufgabe der Räumung der Wohnung durch die Polizei eine „baupolizeiliche Verfügung“ ist, vgl. Gerland Das kgl. Oberverwaltungsgericht zu Berlin und die Baupolizei, Archiv für öffentliches Recht Bd. XIV S. 113 ff., 114: Entscheidung des O.V.G. vom 10. Juni 1892.

stehen.[204] Solch verschiedenes Ergebnis ist unbillig. Man braucht nur einmal den Gedanken auf die Spitze zu treiben, um die Seltsamkeit der ganzen unterschiedlichen Behandlung der Verfügungen nach den rechtlichen Grundlagen ihres Erlasses zu beleuchten. Man denke folgenden Fall: Die Polizeiverwaltung einer kleinen Stadt sieht sich in die Notwendigkeit versetzt, die halbverfallenen Katen verschiedener Kossaten aus gesundheitlichen Gründen abtragen zu lassen. Die Ortspolizeibehörde würde sich durch Erlaß einer, in ihren allgemeinen Amtsbefugnissen wurzelnden, Verfügung die Schadensersatzlast aufbürden. Um dies zu vermeiden, erläßt sie auf Grund des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung eine Polizeiverordnung[205] (genauer: „Polizeivorschriften") unter Zustimmung des Gemeindevorstandes, wonach der Polizeiverwaltung das, schon aus ihren allgemeinen Befugnissen fließende, Recht noch besonders zugelegt wird,

---

204. In Düsseldorf z. B., wo die Wohnungsbeaufsichtigung durch Polizeiverordnung vom 21. November 1895 (abgedruckt in der Deutschen Vierteljahrsschrift für öffentliche Gesundheitspflege Bd. XXXI (1899) S. 258 ff.) geregelt ist, würde die Schadensersatzlast wegfallen: in Posen, wo die in Wohnungssachen ergehenden polizeilichen Verfügungen sich lediglich auf die allgemeinen Befugnisse der Polizei stützen, würde eine Schadensersatzlast bestehen.

Nach Art. 4 § 1 des neuen Wohnungsgesetzentwurfs sind für Gemeinden und Gutsbezirke mit mehr als 10000 Einwohnern im Wege der Polizeiverordnung allgemeine Vorschriften über die Benutzung der Gebäude zum Wohnen und Schlafen zu erlassen (Wohnungsordnungen). Für kleinere Gemeinden und Gutsbezirke können solche Wohnungsordnungen erlassen werden. Es ist zweifellos, daß sie in den kleinen Gemeinden nicht werden erlassen werden. Denn der Gesetzentwurf will und wird seine Segnungen nicht über die Kleinstadt und das platte Land ausbreiten. Das führt nach Anschütz zu der Folge, dass in Städten und Gutsbezirken mit mehr als 10000 Einwohnern die Polizei die größten Opfer um der Wohnungswohlfahrt willen dem einzelnen entschädigungslos auferlegen kann, während in der Kleinstadt und auf dem Lande jeder polizeiliche Eingriff eine drückende Schadensersatzlast nach sich zöge. Das heißt aber Unterbindung jeder Wohnungspflege in der Landstadt und den ländlichen Bezirken!

Häuser aus gesundheitlichen Gründen niederreißen zu lassen. Die Ortspolizei (oder genauer die Stadt, wie sich später ergeben wird) würde von ihrer Schadensersatzverbindlichkeit damit frei. Das Unerträgliche solcher Folge leuchtet ein.

Vor allem aber spricht gegen die von Anschütz vorgetragene Ansicht die Gefahr, die aus der Unangreifbarkeit der Verordnungen durch Entschädigungsansprüche fließt. Wenn wirklich die Deckung der Verfügung durch eine Verordnung der Schadensersatzverpflichtung überhebt, so würden einfach Polizeiverordnungen aller Orten tausendfältig sprossen. Man vergegenwärtige sich nur die von Rosin begründete,[206] durchaus von starken Gründen getragene Ansicht, daß die Polizei im Verordnungswege alle menschlichen Beziehungen ihrer regelnden Tätigkeit unterwerfen könne, und bringe damit den Anschützschen Gedanken in Verbindung, daß eine Vermögensbeschädigung, die auf eine Verordnung zurückleite, nicht zum Schadensersatz verbinde, so hat man sofort die erhebliche Gefahr vor Augen, die die Gesellschaft bedroht. Durch den Fortfall des in dem Entschädigungszwang liegenden Gegengewichts gegen polizeiliche Uebergriffe würde die Polizei eine Zeugungskraft erlangen, die mit der heutigen Auffassung von der Stellung des

---

205. Diese Polizeiverordnung könnte in einigen knappen Formeln bestehen. Das Reichsgericht (Rechtsprechung in Strafsachen IX S. 359) hat einer Verordnung Rechtskraft zugeschrieben, die bloß eine wörtliche Wiedergabe des § 366 Ziffer 10 des R.Str.G.B's enthielt. Es würde daher auch eine Bauordnung als verbindlich — und damit vom Schadensersatze befreiend — ansehen, die nur die Worte umfaßt:

§ 1) Jedermann ist den von der Ortspolizeibehörde über Errichtung und Erhaltung von Bauten ergehenden Verfügungen Folge zu leisten verpflichtet.

§ 2) Zuwiderhandlungen gegen diese Verordnung werden mit Geldstrafe bis zu dreißig Mark bestraft, an deren Stelle, falls die Geldstrafe nicht beigetrieben werden kann, eine Haftstrafe tritt.

206. Rosin Der Begriff der Polizei und der Umfang des polizeilichen Verfügungs- und Verordnungsrechts in Preußen S. 47, 116; und desselben Verfassers Polizeiverordnungsrecht in Preußen S. 121 ff.

Einzelwesens im staatlichen Organismus im schärfsten Widerspruch steht.

Die Ansicht von Anschütz ist aus all diesen Gründen abzulehnen.

Ganz anders als Anschütz geht Biermann vor. [207] Er gelangt für verwandte Tatbestände zu einer Haftpflicht der Gemeinde.[208] Nicht deshalb, weil in vielen Fällen polizei-

---

207. Es ist irrig, wenn Westhoff a. a. O. S. 454 meint, Biermann bewege sich auf der gleichen Linie wie Rosin und Anschütz. Eine Gegenüberstellung von Polizeiverordnung und Polizeiverfügung und eine dem entsprechende unterschiedliche Behandlung der Schadensersatzfrage tritt in Biermanns Ausführungen nicht erkennbar hervor. Er sondert in keiner der drei Gruppen, in die er die Fälle von polizeilichen Einschränkungen des Eigentums gliedert, Polizeiverfügungen, die auf allgemeine polizeiliche Vollmachten zurückzuführen, von solchen, die auf polizeilichen Verordnungen beruhen. Gewiß macht er einen Unterschied zwischen „Einschränkungen des Eigentums auf Grund eines Gesetzes" und solchen „auf Grund einer speziellen polizeilichen Verfügung." Aber aus dieser Gegenüberstellung ist nicht erwiesen, dass Biermann zu den „gesetzlichen Einschränkungen" auch solche zählt, die auf Grund einer Polizeiverordnung ergangen sind, und zu den „speziellen polizeilichen Verfügungen" solche nicht hinzurechnet, die auf Grund einer Verordnung ergangen. Er steht vielmehr der Rosinschen und Anschützschen Anschauung so fern, dass er unter den Fällen, die eine Entschädigungspflicht nicht auslösen, weil sie nur gesetzliche Einschränkungen geltend machen, eine Reichsgerichtsentscheidung (Bd. XIX S. 353 ff.) aufführt, bei der die polizeiliche Verfügung, die zu Grunde liegt, in den allgemeinen polizeilichen Vollmachten, nicht in einer polizeilichen Verordnung, wurzelt!

208. Darin liegt an sich noch keine Abweichung von dem Anschützschen Standpunkt (Vgl. Anschütz a. a. O. S. 128). Auch Anschütz belastet, soweit er Schadensersatzansprüche zubilligt, mit der Tragung der Schadensersatzlast die Gemeinde. Ihre „Passivlegitimation wird im Zweifel stets bei Maßregeln der Ortspolizei begründet sein" (a. a. O. S. 129). Er befindet sich damit auch in Uebereinstimmung mit der ständig geübten Praxis (vgl. Entscheidungen des Geheimen Obertribunals vom 21. März 1851, 14. Juli 1859 in Striethorsts Archiv Bd. I S. 320, XXXIV S. 181; Citat bei Oppenhoff a. a. O. S. 338 Anm. 135; auch Entscheidung des Geh. Obertribunals v. 19. Dezember 1872, Bd. LXVIII

liche Funktionen von gemeindlichen Organen wahrgenommen werden. In diesen Fällen ist auch nach ihm eine Haftung der Gemeinde für Amtsüberschreitungen ihrer mit polizeilicher Gewalt ausgestatteten Organe nicht begründet. Denn die Ausübung der Polizeigewalt, die ein staatliches Hoheitsrecht ist, ist nur aus Gründen der Vereinfachung des behördlichen Organismus auf die Gemeinde übertragen.[209] Für Amtsüberschreitungen hätte, wenn überhaupt jemand für sie aufzukommen hat, daher der Staat zu haften, in dessen Behördenorganismus sich die von den Gemeindeorganen verwaltete Ortspolizei eingliedert.

Die Gründe, die Biermann zu der Annahme einer Haftung der Gemeinde führen, sind vielmehr andere. Er geht davon aus, daß § 6 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 nur die Voraussetzungen aufstellen wolle, unter denen die Verfolgung von Ansprüchen gegen einen Beamten zulässig sei. Nicht wolle er ausdrücken, daß man nach Aufhebung der polizeilichen Verfügung keinen anderen als den Beamten in Anspruch nehmen könne.[210]

Die Schlußfolgerungen, die Biermann aus dieser unbestreitbaren Behauptung zieht, sind nicht unbedenklich. Er beruft sich für die Haftung der Gemeinde auf § 75 Einleitung zum A.L.R. Dieser bestimmt:

> Es „ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten."

Eine polizeiliche Verfügung zwinge, auch wenn sie nachträglich sich als ungerechtfertigt herausstelle, zur Aufopferung.

S. 267 und E.R.G. XXVIII S. 275 ff. v. Sarwey a. a. O. S. 405; Mayer Verwaltungsrecht S. 355 (und die dort in Anm. 12 angeführten Entscheidungen) und Westhoff a. a. O. S. 461/462 und 466 (sowie die dort angegebenen Erkenntnisse).

209. Vgl. Cretschmar Bürgerliches Recht I 274.

210. So ausdrücklich die Entscheidung des Reichsgerichts J.M.Bl. 1890 S. 262 ff. Dazu Biermann a. a. O. S. 193, Oppenhoff a. a. O. S. 346 Anm. 179, Illing-Kautz I S. 442 Anm. 4.

Der Vermieter — Biermann handelt von verwandten Tatbeständen — opfert das, dem Mieter gegen Entgelt überlassene, Gebrauchsrecht und damit eine der wesentlichsten Eigenschaften seines Eigentums, der Mieter seinen Besitz, ohne den ihm die Fortsetzung des ihm überlassenen Gebrauchs zur Unmöglichkeit wird.[211] Beides geschieht um des „Wohles des gemeinen Wesens" willen. Denn die polizeiliche Verfügung will zur Erhaltung eines guten Gesundheitszustandes bei den Einwohnern der Gemeinde beitragen. Damit werde die Gemeinde — auf Grund des § 75 Einleitung zum A.L.R. in Verbindung mit § 4 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 — ersatzpflichtig. Daß § 75 Einl. zum A.L.R. erkläre, daß dem Staat die Entschädigung zur Last falle, sei kein Hindernis. Denn gemeint sei nur, daß der Staat für die Entschädigung zu sorgen habe. Selbst zu entschädigen, sei er nicht gehalten.

211. Wir haben (siehe oben) den Besitz als Rechtsposition aufgefaßt. Dies mag in diesem Zusammenhange Bedenken erregen. Kann man auch in seiner Aufopferung die Aufopferung eines „besonderen Rechts und Vorteils" sehen? Die Beseitigung dieses Zweifels erfordert eine Verständigung über den Inhalt der „besonderen Rechte und Vorteile". Anschütz erklärt sie — nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes — mit dem von den Naturrechtslehrern überkommenen Begriff der „jura quaesita", der „wohlerworbenen Rechte" (Vgl. auch E.R.G. XIX S. 355). Aber auch dieser Begriff ist nicht ohne weiteres verständlich. Man kann ihn am ehesten noch durch die Fassung verdolmetschen (vgl. Gierke Deutsches Privatrecht I S. 192/196, auch Fleischmann a. a. O. 374/376), daß wohlerworbene Rechte Rechte sind, „die bereits bestehen (nicht erst im Entstehen begriffen sind) und die ausserdem auf individuellem Erwerbsgrund beruhen". Beide Anforderungen vermag der Besitzbegriff zu erfüllen. Allerdings fehlt ihm der Oberbegriff des „Rechts", da er nur Rechtsposition ist. Aber es ist nur an frühere Ausführungen zu erinnern, daß alle für Rechtsverhältnisse geltenden Sätze auf die Rechtsposition des Besitzes darum Anwendung zu leiden haben, weil zwischen dem Rechtsverhältnis und der Rechtsposition keine wesentlichen Begriffsunterschiede bestehen, um unbedenklich die Einordnung des Besitzes unter die jura quaesita und damit auch seine Einreihung unter die „besonderen Rechte und Vorteile" vorzunehmen.

Vielmehr laste die Entschädigungspflicht auf demjenigen engeren Personenkreise, welcher den Vorteil aus der Eigentumsbeschränkung ziehe.[212] Bei einer Sperrung von Wohnungen, welche sich im Gemeindeumkreis befinden, ist dies die Gemeinde.

Man kann dieser Beweisfolge nicht zustimmen. Zum mindesten ist ein Teil der Fälle, für die Biermann eine Haftung des Personenkreises annimmt, dem die Verfügung zu gute kommt, von dem allgemein ausgesprochenen Entschädigungszwange auszunehmen. Zugegeben ist allerdings, daß, wenn man wegen der „Aufopferung zum Wohle des gemeinen Wesens" eine Entschädigungspflicht anerkennen will, man diese der Gemeinde auferlegen kann.[213] Aber daß immer eine „Aufopferung zum Wohle des gemeinen Wesens" im Sinne des § 75 Einleitung zum A.L.R. vorliegt, muß bestritten werden.

Zwei Gruppen von Fällen einer ungerechtfertigten polizeilichen Verfügung, die Biermann zu einer zusammenfaßt, sind zu trennen.[214]

Polizeiliche Verfügungen können an sich, zu Recht erlassen, das Eigentum beschränken, indem sie die „ihm eingeborenen"[215] gesetzlichen Schranken geltend machen; hier entsteht überhaupt kein Entschädigungsanspruch (§§ 1, 2 I 22 A.L.R.); oder indem sie eine Beschränkung geltend machen, die das Interesse des gemeinen Wohls erheischt; hier erwächst ein Entschädigungsanspruch, weil das Recht des Einzelnen dem Recht der Allgemeinheit weichen muß (§ 75 Einl. A.L.R.). Für die letztere Möglichkeit sei an den

212. Vgl. Fleischmann a. a. O. S. 313, Text u. Anm. 53.

213. Entscheidungen des Geh. Obertribunals Bd. LVI S. 21 und Rehbein Entscheidungen des vormaligen Preußischen Obertribunals I S. 128; auch Anschütz a. a. O. S. 128 und Anm. 208 (S. 138/139) dieser Arbeit.

214. Für berechtigte polizeiliche Verfügungen macht auch Biermann diesen Unterschied; bei ungerechtfertigten unterläßt er es.

215. Heydemann Bd. I S. 410; vgl. das reichsgerichtliche Erkenntnis bei Gruchot Bd. XXXIV S. 883.

typischen Fall der Enteignung erinnert. Wenn nun die Polizei die Verfügung aus Vorsatz[216] oder Fahrlässigkeit zu Unrecht erlassen hat, so machte sie im ersten Falle „gesetzliche Schranken" des Eigentums geltend, die gar nicht vorhanden waren; im andern behauptete sie ein Bedürfnis der Allgemeinheit, das nicht bestand. Das bedeutet, daß man im ersten Fall, wo Biermann ununterschiedlich eine Schadensersatzverbindlichkeit annimmt, die Gemeinde unter keinen Umständen mit der Schadenstragung belasten kann. Denn die Gemeinde würde nicht zu haften haben, wenn die behaupteten „gesetzlichen Schranken" bestünden. Ihre Haftung kann um so weniger bestehen, wenn diese Schranken nur versehentlich als dem Eigentum anhaftend angesehen wurden. Denn die Voraussetzungen, die den § 75 Einl. zum A.L.R. tragen, sind bei solcher Lagerung des Falls in keiner Weise erfüllt. Es fehlt die Bereicherung, die die Grundlage des öffentlichrechtlichen Anspruchs bildet. Der Gemeinde ist dadurch, daß die Polizei gesunde Wohnungen zu Unrecht für ungesund erklärt, kein Vorteil entstanden. Eher kann darin — wie zu Zeiten der Wohnungsnot — noch ein Nachteil liegen. Es kann daher kein öffentlich-rechtlicher Anspruch gegen die Gemeinde bestehen. Nur der Beamte, der die Verfügung erlassen, oder die Behörde, von der die Verordnung ausgegangen, können in Anspruch genommen werden.

Im anderen Falle, wo die Polizei nicht „eingeborene Schranken" des Eigentums geltend macht, sondern im angeblichen Interesse des gemeinen Wohls die Aufopferung des Eigentums erheischt, wird man eher mit Biermann eine Schadensersatzverbindlichkeit der Gemeinde annehmen können. Denn, läge die Aufopferung im Interesse der Allgemeinheit, so würde nach § 75 a. a. O. die Gemeinde schadensersatzpflichtig sein. Sie auch in Anspruch zu nehmen, wenn die

216. Der Fall eines vorsätzlichen Handelns muß in diesen Zusammenhang hineingezogen werden, obwohl für ihn die Subsidiarität der Beamtenhaftung nicht in Frage kommt.

Aufopferung zwecklos ist, erscheint nicht unberechtigt. Zwar fehlt auch hier die Bereicherung. Aber immerhin wurde für die Gemeinde eine Bereicherung doch angebahnt. Die Haftung dafür der Gemeinde aufzuerlegen, entspricht naheliegenden Erwägungen. Sie hat eben die Risikoprämie zu zahlen. Wenn nicht sie, sondern der Beamte für den Schaden haftete, würde sich seiner eine leicht begreifliche Aengstlichkeit bemächtigen. Der Gedanke, bei fahrlässigem Handeln sofort in Anspruch genommen zu werden, würde seine Tatkraft lähmen. Die Handlungsbereitschaft der Polizei, die der Gemeinde zu gute kommt, würde herabgesetzt werden. Die Vermeidung solcher Folge ist durch die Belastung der Gemeinde mit der Schadenstragung nicht zu teuer erkauft.

Man mag einwenden, daß die gleiche Erwägung auch zur Annahme einer Haftung der Gemeinde für Schäden führen müßte, die durch polizeiliche Verfügungen der ersten Art verursacht werden. Aber einmal darf der Zweckgedanke nicht zu stark betont werden. Sodann ist bei Polizeiverfügungen der zweiten Art die Schadensersatzpflicht dann wenigstens, wenn die Verfügung zu Recht bestand, anerkannt, während bei denen der ersten Art auch bei dieser Lagerung keine Schadensersatzverbindlichkeit besteht. Eine Belastung der Gemeinde mit dem Entschädigungszwange auch im ersten Falle, aus reinen Nützlichkeitserwägungen heraus, würde den an sich gewiß nicht abzuweisenden Gedanken der „Risikoprämie" daher zweifellos überspannen.

Die vorgetragene Ansicht steht in ihren Grundzügen nicht allein. Sie kann sich auf das reichsgerichtliche Erkenntnis vom 24. Januar 1895[217] berufen, dessen Gedanken sie lediglich umformt. Der Satz, daß bei ungerechtfertigten polizeilichen Verfügungen zwischen solchen zu unterscheiden ist, welche vorgebliche „gesetzliche Schranken" des Eigentums

217. E.R.G. Bd. VXXIV S. 299.

geltend machen, und solchen, welche Aufopferungen zum angeblichen „Wohle des gemeinen Wesens“ heischen, wird in dieser Entscheidung mit hinreichender Deutlichkeit ausgesprochen. Nur will das Reichsgericht darauf abstellen, ob die Polizei meinte, gesetzliche Schranken des Eigentums geltend zu machen, oder Aufopferungen zum Wohle des gemeinen Wesens zu verlangen glaubte. Das ist wenig vorteilhaft. Man verliert sich damit, wie Biermann[218] mit Recht erklärt, auf das „Gebiet der Gedanken“. Der Nachdruck ist statt auf die subjektive Seite auf die objektive Feststellung zu legen. Nicht die von der Polizei verfolgten Zwecke entscheiden, sondern ausschlaggebend ist der Charakter, der dem Vorgehen zukäme, wenn die fehlenden Grundlagen vorhanden wären. Nicht, ob die Polizei gesetzliche Schranken des Eigentums geltend zu machen glaubte oder eine Aufopferung zum Wohle des gemeinen Wesens zu erzwingen vermeinte, — nicht das kann entscheidend sein, sondern von Bedeutung ist lediglich, ob, bei Hinzuergänzung der rechtlichen oder tatsächlichen Grundlagen, die verfügten Sperrungen als gesetzliche Schranken des Eigentums oder als Aufopferungen zum Wohle des gemeinen Wesens anzusprechen wären. Es ist bedauerlich, daß das reichsgerichtliche Erkenntnis, das sich dem, unseres Erachtens wegen seiner objektiveren Betrachtungsweise allein brauchbaren, Standpunkt so sehr nähert, doch letzten Endes an ihm vorbeistreift. Jedenfalls kehrt der Grundgedanke unserer Anschauung in diesem höchstrichterlichen Entscheide augenfällig wieder.

Die dargelegte Auffassung fußt auf der Gegenüberstellung von „gesetzlichen Einschränkungen des Eigentums“ und „Aufopferungen zum Wohle des gemeinen Wesens“. In Wirklichkeit sind diese vom A.L.R. gegensätzlich gebrauchten und von uns entsprechend verwerteten Begriffe kaum zu trennen.

218. a. a. O. S. 197.

Das Fehlen eines inneren Gegensatzes zwischen ihnen wird schon durch die Tatsache gekennzeichnet, daß eine feste Abgrenzung der Begriffe gegen einander unmöglich ist. (So ist das polizeiliche Abtragen eines baufälligen Hauses nach Anschütz[219] die „Geltendmachung immanenter Eigentumsschranken"; das Abtragen einer Scheune nach Biermann[220] eine „Aufopferung zum Wohle des gemeinen Wesens".) Eine strenge Gegensätzlichkeit kann ihnen aber auch darum nicht beiwohnen, weil jede von der Polizei verfügte „Aufopferung des Eigentums zum Wohle des gemeinen Wesens" eine „gesetzliche Einschränkung" seines Gehaltes darstellt. Im Laufe der Rechtsentwicklung hat sich allmählich der Gedanke allgemein durchgerungen, daß der Eigentümer verpflichtet ist,[221] sein Eigen in polizeigemäßem Zustand zu erhalten. Nur in den Grenzen, die die Erfüllung dieser Pflicht zieht, besteht das in seinem Umfange nach den jeweiligen Gesetzen „variable Eigentum".[222] Dies ist ebensosehr durch die Gebote und Verbote der Polizei bei der Aufführung der Bauten wie durch die späteren polizeilichen Verfügungen beim Niederlegen begrenzt.

Diese Erkenntnis des Fehlens einer strengen Gegensätzlichkeit der Begriffe raubt der ganzen Unterscheidung von gesetzlichen Eigentumsschranken und Aufopferungen zum Wohle des gemeinen Wesens ihre Schärfe. Dennoch kann sie dem geltenden Recht gegenüber nicht aufgegeben werden. Das Allgemeine Landrecht hat nun einmal die wenig unterschiedlichen Begriffe zu Gegensätzen gestempelt.[223] Auch

219. a. a. O. S. 131.

220. a. a. O. S. 197.

221. Vgl. Stier-Somlo „Die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung seines Eigentums in polizeigemäßem Zustand "

222. Vgl. Anschütz a. a. O. S. 132, der den Ausdruck von Jellinek System der subjektiv-öffentlichen Rechte S. 79 entlehnt.

223. „An das weitschichtige, wiederholt in den einzelnen Teilen umgearbeitete Preußische Allgemeine Landrecht, das dem Streben nach allgemeiner Verständlichkeit nicht selten die Genauigkeit . . . .

wird ihnen, wie sich zeigen wird, eine gewisse Brauchbarkeit, trotz dem Ineinanderfließen der Grenzen, schließlich nicht abzusprechen sein. Und wenn auch der hier gewiesene Weg, wegen der fehlenden Schärfe der Begriffe, an Brauchbarkeit verliert, so ist er immerhin noch eher gangbar als der von Anschütz oder Biermann betretene. Namentlich die Willkürlichkeiten sind auf ihm nicht vorhanden, zu denen die Auffassung von Anschütz führt.

Jedenfalls schmiegt sich die gerichtliche Praxis der von uns vertretenen Ansicht teilweise an. Ganz läßt sie sich für keine der mehreren Auffassungen in Anspruch nehmen.[224]

des juristischen Ausdrucks opfert, darf man die heut gewohnten Anforderungen für eine feste Terminologie nicht stellen" (Fleischmann a. a. O. S. 375).

224. Biermann (a. a. O. S. 191|192) glaubt allerdings, annehmen zu dürfen, daß die in dieser Hinsicht sehr reichhaltige Praxis des Preußischen Obertribunals und des Reichsgerichts in seinen älteren Entscheidungen für ihn spreche. Es sei aber dieses Orts nur darauf hingewiesen, daß der von Biermann für seine Ansicht in Anspruch genommenen Entscheidung des Obertribunals vom 24. April 1860, Bd. XXXXIII S. 23 (a. a. O. S. 192) — einem Grundeigentümer war die Bebauung seines Grundstücks in den alten Grenzen untersagt — gar kein ungerechtfertigter polizeilicher Eingriff zu Grunde liegt; daß die Reichsgerichtsentscheidung vom 9. Januar 1882 (Gruchot Bd. XXVI S. 935), die Kreuzbergverordnung betreffend, den Fiskus nur darum zum Schadensersatz verurteilte, weil die polizeiliche Verfügung berechtigt war (die Kreuzbergverordnung wurde erst später für ungiltig erklärt) und durch die erzwungene Aufopferung das Interesse des gemeinen Wesens in Wirklichkeit gefördert worden; und daß endlich die Reichsgerichtsentscheidung vom 8. Mai 1890 (J.M.Bl. 1890 S. 262), die Biermann (a. a. O. S. 193) als „besonders bemerkenswert" für seine Ansicht bezeichnet, keineswegs bloß für ihn beweisend ist. Allerdings war hier die Gemeinde zum Schadensersatz verpflichtet worden, obwohl die polizeiliche Verfügung, die eine Aufopferung zum Wohle des gemeinen Wesens verlangte, sich als ungerechtfertigt herausgestellt hatte und nachträglich aufgehoben worden war. Aber der Gemeinde war auch aus der ungerechtfertigten Verfügung ein Vorteil erwachsen. Darin liegt die Absonderlichkeit des Falls. Der Gemeinde war infolge der Verfügung möglich geworden, einen Streifen Landes im Enteignungswege

Dazu sind die Gesichtspunkte, von denen die höchstrichterlichen Erkenntnisse sich leiten lassen, zu wenig einheitlich.[225] Das verschiedene Ergebnis, zu dem sie gelangen, entstammt aber nicht bloß den verschiedenen theoretischen Ausgangs-

---

nach den für „unbebautes Terrain" geltenden Preissätzen zu erwerben, während sie, wenn die Bauerlaubnis nicht zu Unrecht versagt worden wäre, den inzwischen bebauten Boden zu natürlich höherem Preise hätte an sich bringen müssen. Zudem hätte sie die in der Zwischenzeit aufgeführten und von ihr mitbezahlten Gebäude niederreißen lassen müssen, da der Boden zu Straßenland verwendet werden sollte. (Der von uns vertretenen Ansicht schmiegt sich diese Reichsgerichtsentscheidung schon um deswillen an, weil wir bei einer Aufopferung zum Wohle des gemeinen Wesens, auch unabhängig von der Bereicherung, die Schadensersatzlast bei ungerechter Verfügung anerkennen.)

225. Im Ergebnis würde unsere Auffassung z. B. zusammenstimmen, da es sich um Aufopferung eines besonderen Rechtes handelt, mit der Zubilligung einer Entschädigung in der Entscheidung des Obertribunals vom 21. Oktober 1869 (Strieth. Arch. LXXVII S. 1; durch polizeiliche Anordnung war die Bauerlaubnis verweigert worden, um den freien Blick auf das Alsendenkmal zu Berlin zu erhalten) und in der Reichsgerichtsentscheidung vom 27. März 1882 (Gruchot XXVII, 438; dem Anlieger einer Eisenbahn war die Bebauung seines Grundstücks wegen der durch den Bahnbetrieb bestehendeu Feuergefährlichkeit polizeilicherseits untersagt worden), und mit der Versagung des Schadensersatzanspruchs, da es sich um „gesetzliche Einschränkungen" des Eigentums handelt, in der Entscheidung des Obertribunals vom 19. Juni 1863 (Strieth. Arch. L S. 139 ff; der Burgkirchgemeinde zu Königsberg war, gestützt auf A.L.R. II 11 § 184, verboten worden, auf ihrem im Innern der Stadt belegenen Friedhofe Tote zu beerdigen) und der Reichsgerichtsentscheidung vom 14. Juni 1890 (Gruehot XXXIV S. 880; baufällige Gebäude waren durch die Polizei gemäß A.L.R. I 8 § 36 ff niedergerissen worden).

Zu Unrecht führt für seine Ansicht auf Westhoff a. a. O. S. 463 ff. R.G. 17/XII 1890 (Gruchot XXXV 1170 ?), R.G. 5. Juni 1893 (Gruchot XXXIV 1012 ?), O.Tr. 14/VII 1865 (Strieth. Arch. LX, 111; hier ist überhaupt von keiner Polizeibehörde die Rede), O.Tr. 9/IV 1872 (Strieth. Arch. LXXXVI S. 81; hier wird im Gegenteil auf S. 86 Ersatz dann zugesprochen, wenn die unberechtigte Verfügung sich auf eine Verordnung stützt!).

punkten.[226] Sicherlich verführt auch die mitunter wenig faßbare Gegensätzlichkeit, in der die Begriffe der „gesetzlichen Einschränkungen“ des Eigentums und der „Aufopferungen zum Wohle des gemeinen Wesens“ zueinander stehen, zum Schwanken. Namentlich auf den verwirrenden Grenzlinien wird kaum ein logisch nachfühlbares Moment darüber entscheiden, welche Begriffsgruppe vorliegt. Vielmehr wird in diesen Fällen, die allerdings Ausnahmen sind, ein bloßes Sprachgefühl darüber richten, ob der Tatbestand der immanenten Eigentumsschranken erfüllt ist oder eine, die Schadensersatzverbindlichkeit auslösende, „Aufopferung zum Wohle des gemeinen Wesens“ vorhanden.[227] Dadurch muß die Rechtsprechung, wie sie geschwankt hat, auch weiterhin in Einzelfällen schwanken. Diese Schwäche unserer Ansicht, zu keiner vollen Einheitlichkeit zu führen, soll nicht verkannt werden. Sie sei im Gegenteil besonders hervorgekehrt. Denn nicht will unsere Auffassung ein restlos befriedigendes Ergebnis bringen. Nur gegenüber dem gelten-

---

226. Wie sehr die Praxis geschwankt hat, ist auch daran erkenntlich, daß das Obertribunal sich „schließlich zu der Unterscheidung geflüchtet hat, ob die Beschränkung des Grundeigentums gelegentlich eines Umbaues oder gelegentlich eines Wiederaufbaues stattfindet. Präjudiz bei Strieth. XXVI S. 274“ (Mayer Verwaltungsrecht II S. 352 Anm. 8).

Gegen das Widerspruchsvolle der Preußischen Praxis wendet sich auch die Bemerkung von Mayer (a. a. O. S. 351 Anm. 8), daß man im Preußischen Recht auf der einen Seite den Satz aufgestellt habe: „Für polizeiliche Anordnungen wird nicht entschädigt!“ Auf der anderen Seite rechne „man es altmodischer Weise noch zu den polizeilichen Anordnungen, wenn Brücken verlegt, Wege aufgelassen, Privatgrundstücke zur Straße gezogen werden“, und sehe „sich dann genötigt, dennoch Entschädigung dafür zu gewähren nach A.L.R. Einl. § 75.“

227. Es wird also der Versuch aufgegeben, den Gegensatz nach der Rechtsquelle, auf die der Eingriff zurückführt, zu bestimmen. Jedes derartige Beginnen muß, wie wir sahen, zu Unzulänglichkeiten führen. Eine äußerlich schärfere Fassung des Gegensatzes wurde zwar durch jenes Bestreben ermöglicht. Aber, der formellen Schärfe würde die innere Gegensätzlichkeit dabei geopfert.

den Recht will sie eine dem Gesetzesstoff angepaßte, und nur soweit dieser mit seiner Fessel es zuläßt, brauchbare Lösung geben. Zugleich will sie aber durch den Hinweis auf ihre eigene Schwäche die Verbesserungsbedürftigkeit der gesetzlichen Bestimmungen aufzeigen. Alles Bemühen, in der, verwaltungsrechtlich wie wirtschaftlich gleich bedeutsamen, Frage dem Gesetzstoffe des A.L.R. gegenüber mit seinen unglücklichen Gegensätzen ein in jeder Weise befreiendes Wort zu finden, muß an den unentwickelten Begriffen des Gesetzes scheitern. Durch Umwertung und Neubildung von Begriffen hier schöpferisch vorzudringen, würde dankenswertes Tun sein. Die dabei unumgängliche vorherige Bestimmung des Eigentumsbegriffes wird dabei nur von der allgemeinen Rechtslehre her unternommen werden können. Diese Festlegung ist um so schwieriger, als die individualistischen und sozialistischen Gedankenreihen mit ihren gegensätzlichen Auffassungsweisen das Eigentumsproblem heute stärker denn je umkreisen.

Ohne den Rest von Bedenken verkennen zu wollen, der bleibt, würde das gewonnene Ergebnis, wenn wir es auf unseren Tatbestand beziehen, sich zur Lösung der Schadensersatzfrage in folgender Weise verwerten lassen:

Würde die Sperrung der Wohnung, bestünde sie zu Recht, sich als eine „gesetzliche Einschränkung des Eigentums“ am Hause darstellen, so wäre die Entschädigung zu versagen.

Läge in ihr, ihre Unrechtmäßigkeit außer Betracht, eine „Aufopferung zum Wohle des gemeinen Wesens“, so würde die Gemeinde Schadensersatz zu leisten haben.[228]

---

228. In diesem Fall würden die Art. 52, 53, 109 E.G.B.G.B. bedeutsam werden, sofern man die Miete als ein „Recht an der Sache“ auffaßt. Ihre dingliche Natur muß aber bestritten werden. Vgl. statt anderer Crome Die juristische Natur der Miete in Iherings Jahrbüchern Bd. XXXVII S. 1 ff.

In der Regel wird man aus der *Veranlassung* der Verfügung entnehmen können, ob der eine oder andere Fall vorliegt. Beispiele können dies erhärten. Waren es *gesundheitliche* Bedenken, die zu der Sperrung der Wohnung führten, so wird der erste Fall vorliegen. Denn sein Haus in hygienischer Richtung allen polizeilichen Erfordernissen entsprechend zu erhalten, ist Pflicht des Eigentümers. Es wurden somit, da die Verfügung ungerecht war, nicht bestehende „*gesetzliche Schranken*" behauptet. Würde die ungerechte (etwa verfrühte) Sperrung der Wohnung dagegen erfolgt sein, weil das Straßenland erweitert und das Haus deshalb abgetragen werden soll, so würde man eine *Aufopferung zum Wohle des gemeinen Wesens* annehmen müssen. Denn sein Haus aus kommunalen Gründen niederreißen zu lassen, ist der Eigentümer wohl verbunden. Aber das ist nicht mehr eine Schranke des Eigentums, sondern seine Aufhebung. Es ist eine Aufopferung, die schadensersatzpflichtig macht.

Ist die erste Gruppe von Fällen gegeben, so würde der *Beamte* in Anspruch genommen werden können. Denn ein Dritter, dessen Beschwerung ihm die Schadenslast abnähme, ist nicht vorhanden. Bei der zweiten Gruppe von Fällen trifft die Schadensersatzpflicht die *Gemeinde*. Ihre Haftbarkeit würde den Beamten befreien, da seine Haftung nach § 839 B.G.B. nur eine subsidiäre ist. — Damit ist der Anschluß an unseren Ausgangspunkt gewonnen. Die eigentümliche Rechtsbildung, daß der *fahrlässig* handelnde Beamte durch die Haftung eines andern der Verpflichtung zum Ersatze ledig wird, gab den Anstoß, für den behandelten Tatbestand diesen Dritten aufzusuchen, dessen Verbindlichkeit diese befreiende Wirkung ausübt. Für einen Teil von Fällen haben wir die Haftpflicht der Gemeinde festgestellt. In diesen Fällen wird die Schadensersatzlast von dem Beamten genommen.

Vom Standpunkt der *Gemeinde* aus gesehen, gibt

es zwei Fälle, in denen sie die Schadenshaftung trifft. Von diesen wird einer aber noch auszuscheiden sein:

1. Der erste Fall ist der, daß nach der Annahme des erkennenden Gerichts durch die fahrlässige polizeiliche Verfügung eine „Aufopferung zum Wohle des gemeinen Wesens" geschehen ist, d. h. geschehen wäre, wenn die Verfügung zu Recht ergangen wäre.

2. Der zweite Fall liegt vor, wenn der Beamte vorsätzlich mit dem Bewußtsein, seine Amtspflicht zu verletzen, die Wohnungssperrung verfügt hat und diese eine „Aufopferung zum Wohle des gemeinen Wesens" darstellt. Hier sind allerdings Bedenken gegen die Haftung der Gemeinde nicht zurückzuhalten. Denn daß auch der Beamte in solchem Fall in Anspruch genommen werden kann, ist zweifellos. Die Subsidiarität seiner Haftung gilt in solchen Fällen nicht. Danach würde dem Geschädigten die Wahl bleiben, ob er sich an den Beamten oder an die Gemeinde halten will. Dies muß Anlaß sein, um die Gemeinde aus allen Verpflichtungen zu entlassen.[229] Nich nur im Innenverhältnis muß ihr ein Rückgriff gegen den Beamten bleiben; sie muß vielmehr aus jedem Verpflichtungsverhältnis überhaupt ausscheiden, so daß der Geschädigte sich nicht an sie, sondern nur an den Beamten halten kann. Das erfordert die Billigkeit. Denn die Gemeinde würde sonst für eine Verfügung einzustehen haben, die ihr nicht nur keinen Vorteil bringt, sondern vorsätzlich aus Willkür und Laune erlassen wurde. Das aber kann man ihr nicht zumuten. Auch nicht, unter Vorbehalt des Rückgriffs gegen den Beamten, um des Ge-

229. Mayer würde auch in diesem Falle die Gemeinde haften lassen. Die Verbandspersönlichkeit wird ihm (a. a. O. S. 362) ersatzpflichtig wegen „der objektiven Rechtswidrigkeit" und „des besonderen Opfers", gleichviel nun, ob der Beamte „durch Irrtum oder Befehl gedeckt" ist, so daß er gar nicht herangezogen werden kann, oder ob er vorsätzlich rechtswidrig gehandelt hat, so daß seine eigene Ersatzpflicht an sich ausser Zweifel stände!

schädigten willen, dem die Haftung des Gemeinwesens neben der des Beamten erwünscht sein muß. Denn der Grund entfällt, der die Belastung der Gemeinde mit der Schadenstragung bei einer zu Unrecht erzwungenen „Aufopferung zum Wohle des gemeinen Wesens" rechtfertigte. Bei fahrlässigem Handeln mochte der Gedanke durchgreifen, daß die Belastung des Beamten mit der Pflicht zum Ersatze des durch seine Verfügung entstandenen Schadens die Leichtigkeit des polizeilichen Vorgehens hindern würde. Bei einem vorsätzlichen Handeln kann davon keine Rede sein. Daher hat der Beamte hier allein zu haften.

Für ihn ergeben sich also zwei Möglichkeiten einer Inanspruchnahme:

1. wenn die fahrlässige Verfügung eine gesetzliche Schranke des Eigentums geltend macht, d. h. geltend gemacht hätte, wenn die Verfügung zu Recht ergangen wäre.

2. wenn der Beamte mit dem Bewußtsein, seine Amtspflicht zu verletzen, vorsätzlich die ungerechtfertigte Wohnungssperrung verfügt hat. Hier bleibt es gleichgiltig, ob bei Hinzuergänzung der rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen „gesetzliche Schranken" des Eigentums vorliegen oder ob es sich um eine „Aufopferung zum Wohle des gemeinen Wesens" handelt. In beiden Fällen besteht die Ersatzpflicht des Beamten.

§ 18.

Beamtenhaftung und Staatshaftung.

Der Beamte kann also unter Umständen schadensersatzpflichtig werden, und Mieter und Vermieter können mit ihren Ansprüchen gegen ihn durchdringen. Nur die vorgängige Aufhebung der Verfügung müßten sie erwirken. Die Frage bleibt aber, ob neben dem Beamten oder statt seiner der Staat haftet. Das B.G.B. enthält hierüber keine Vorschriften.

Art. 77 E.G.B.G.B. hat es den Landesgesetzgebungen überlassen, inwieweit sie den Staat für den, von seinen Beamten „in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt“ andern zugefügten, Schaden haften lassen wollen. Sie können auch „das Recht des Beschädigten, von dem Beamten den Ersatz eines solchen Schadens zu verlangen, insoweit ausschließen, als der Staat . . . haftet“ (Art. 77 E.G.B.G.B.).

Die Landesgesetzgebungen führen zu Unstimmigkeiten. Sie versagen bald den Ersatzanspruch gegen den Staat. Bald bestimmen sie seine ausschließliche, primäre Haftung. Bald begrenzen sie in der Weise seine Haftpflicht, daß er nur subsidiär — bei unzureichenden Mitteln des Beamten — ersatzpflichtig wird.[230] In allen Fällen, in denen eine

230. Theoretisch gründet sich die Versagung der Haftung des Staates für seine Organe darauf, daß der Beamte, der rechtswidrig handelt, mit diesem rechtswidrigen Tun aus dem amtlichen Vertretungsverhältnis heraustritt und darum den Staat durch dieses Tun nicht verpflichten kann. Umgekehrt beruht die Anerkennung der Haftung des Staates für seine Beamten auf der Erwägung, daß der Staatsbürger obrigkeitlichen Befehlen unbedingt gehorsamen muß und daß darum ein Ausgleich für den, ihm durch ungerechtfertigte obrigkeitliche Eingriffe entstandenen, Schaden nur der Billigkeit entspricht (vgl. statt anderer Hauser a. a. O. S. 109 ff.; Loening a. a. O. S. 47, Klewitz a. a. O. S. 71 Anm. 2, die beide auf Sundheim und Pfeiffer als die ersten hinweisen, die diese Begründung gegeben haben). Ferner werden die „repräsentative Bedeutung des Amtes“ sowie „die Schutzpflicht des Staates in Hinsicht auf seine Angehörigen“ als Gründe für die staatliche Haftpflicht genannt (vgl. Klewitz a. a. O. S. 90 ff., Rothschild a. a. O. S. 109).

Was die Regelung im einzelnen anlangt, so bekennen sich zu einer primären Haftung des Staates:

Bayern (Art. 60, 61 des Ausführungsgesetzes zum B.G.B.), Württemberg (Art. 202—204 des entsprechenden Gesetzes), Baden (Art. 5), Sachsen-Koburg-Gotha (Art. 18[1–4]), Reuß j. L. (§ 48). Der Staat hat sich hier überall ein Rückgriffsrecht gegen den Beamten in dem Umfang vorbehalten, in dem er den Geschädigten befriedigt.

Für eine subsidiäre Haftung des Staates haben sich entschieden:

Hessen (Art. 77/80 des Ausführungsgesetzes zum B.G.B.),

primäre Staatshaftung besteht, ist diese — im Innenverhältnis — keine endgiltige. Der Staat sichert sich das Rückgriffsrecht gegen den Beamten, für den er nach außen eintritt.

Diese ungleiche Rechtslage im Reich beruht nur zum Teil auf Neuordnungen, die auf Grund des Vorbehalts in Art. 77 E.G.B.G.B. in Form von Ausführungsgesetzen zum Bürgerlichen Gesetzbuch ergangen sind.[231] Zum Teil beruht sie auch auf dem in Kraft gebliebenen alten Recht. So gelten für Preußen die früheren Bestimmungen weiter, wie sie in A.L.R. II, 17 §§ 90, 95—97 enthalten sind. Der Preußische Staat haftet danach in keiner Weise[232] für Amtsüberschreitungen seiner Organe.[233]

Sachsen-Weimar (§ 91 des entsprechenden Gesetzes), Elsass-Lothringen §§ 40, 41), Reuß a. L. (§ 69) und Schwarzburg-Sondershausen (Art. 60). Die Haftung hat hier bürgschaftsähnliche Natur. Vgl. Delius D.J.Z. 1904 S. 528.

Aufgeführt sind nur die Staaten, die Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Geselzbuch erlassen haben.

Zur Theorie vgl. noch H. A. Zachariae Ueber die Haftungsverbindlichkeit des Staats aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten, Zeitschrift für gesamle Staatswissenschaft Bd. XIX S. 582 ff; Loening Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht; Dock Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, Archiv für öffentliches Rechts Bd. XVI (1901) S. 244—279); Piloty Die Haftung des Staates für rechtswidrige Handlungen und Unterla sungen der Beamlen bei Ausübung staatlicher Hoheitsrechte, Annalen des Deutschen Reichs 1888 S. 254 ff. Die beiden letzten insbesondere bieten eine gute Uebersicht über die Theorieen. Vgl. auch noch Dreyer Verpflichtungen des Staats aus den Handlungen seiner Beamten, Zeitschrift für französisches Civilrecht, IV S. 383—403; erwähnt sei auch Haffner Ueber die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Richter (Syndikatsklage) S. 97.

231. Die Berechtigung zu diesen Neuordnungen liegt neben Art. 77 in Art. 3 E.G.B.G.B. — Vgl. im übrigen Niedner Einführungsgesetz S. 164 und Dock a. a. O. S. 273.

232. Ganz irrig Meltz a. a. O. S. 94.

233. Eine Ausnahme besteht nur für Grundbuchbeamte; hier schreibt

Seltsamerweise ist aber der Ausschluß der Haftung des Staates für Amtsüberschreitungen seiner Organe in Preußen nicht vollständig durchgeführt. Eine Ausnahme gilt für die Teile der Rheinprovinz, in denen bis zum 1. Januar 1900 der Code civil gegolten. Hier tritt der Staat für seine Beamten ein.[234] Allerdings ist dies nicht unbestritten. Man kann sich aber dafür auf den Vorbehalt des Art. 89 No. 2 des Preußischen Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch berufen, der den Art. 1384 des Code civil ausdrücklich aufrecht erhält. Dieser bestimmt, daß

„. . . sont responsables les commettans du dommage causé par leurs . . . préposés dans les fonctions, auxquelles ils les ont employés.

Der Beziehungsbereich dieser Bestimmung ist nicht sicher. Der Staatsrat hat sie ebenso wie der Gerichtshof zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten lediglich auf Privatrechtsverhältnisse bezogen.[235] Das Reichsgericht dagegen hat sie, in Anlehnung an die französische Praxis, auch

---

§ 12 der Gundbuchordnung vom 24. März 1897 eine Haftung des Staates vor. Sonst besteht in Preußen keine Haftung des Staates für die Schuld seiner Beamten. Vgl. Gierke Deutsches Privatrecht S. 533 Anm. 86 und die dort aufgeführten reichsgerichtlichen Entscheidungen, Staudinger Einführungsgesetz S. 114, Niedner a. a. O. S. 162 ff., Crusen-Müller Das Preußische Ausführungsgesetz zum B.G.B. S. 771, Delius D.J.Z. 1904 S. 528 und, um des dogmatischen Standpunkts willen, Gierke Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung S. 759 ff., der in der Nichtanerkennung der Haftung des Staates für seine Beamten „das verwirrende Nachwirken einer scheinbar längst überwundenen Anschauungsweise" sieht.

234. Ob aber dort ein Schadensersatzanspruch in Fällen, die dem unseren verwandt, überhaupt besteht, darüber Fleischmann a. a. O. S. 424 ff.

235. Vgl. Crusen-Müller a. a. O. S. 781, E.R.G. X S. 286 ff., Förtsch Der Code civil nach dem 1. Januar 1900 D.J.Z. 1900 S. 21|22: auch Staudinger a. a. O. S. 114 sub 3: Rotschild a. a. O. S. 111, Dreyer, a. a. O. S. 390|91.

auf das Haftungsverhältnis des Staats für den, von seinen Organen in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten, Schaden übertragen.[236] So hat noch neuerdings ein reichsgerichtliches Erkenntnis eine angefochtene oberlandesgerichtliche Entscheidung aufrecht erhalten, die den Staat für die Folgen einer Züchtigung für strafbar erklärte, durch die ein Volksschullehrer ein Schulkind beschädigt hatte.[237] Allerdings fällt dagegen ins Gewicht, daß nach dem Kommissionsbericht des Abgeordetenhauses die Frage, ob der Art. 1384 öffentlich-rechtlichen Charakter habe, offen gelassen werden soll. Man mag daraufhin geneigt sein, anzunehmen, die Frage nach dem Haftungsverhältnis des Staates könne nicht ohne weiteres entschieden werden. Dagegen, und für die Annahme der Haftung des Staates für seine Organe, in jenen Kreisen der Rheinprovinz, spricht jedoch ein letztens ergangenes höchstrichterliches Erkenntnis, das sicherlich Anklang finden wird und das sich für die Schadensersatzverbindlichkeit des Staates in dem ehemaligen Geltungsbereich des Code civil ausgesprochen hat.[238] In den Rheinlanden, soweit sie früher französischem Recht unterfielen, ist der Entschädigungsanspruch gegen den Staat zu richten. Das bietet wirtschaftlich Vorteile. Prozessual ergeben sich Erleichterungen nicht. Da der Staat nur statt des Beamten dem Geschädigten haftet, so gelten die für die Verfolgung des Beamten beschriebenen Voraussetzungen auch für die Inanspruchnahme des Staates.

---

236. Vgl. z. B. die Entscheidungen, die bei Mayer (Die En schädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht S. 16/17, Text und Anm. 1—3) aufgeführt sind. Vgl. auch Mayer a. a. O. S. 20.

237. Citiert bei Förtsch a. a. O. S. 22.

238. E.R.G. Bd. LIV (N.F. Bd. IV) S. 19: dazu Mayer a. a. O. S. 14/15.

§ 19.

Schlussbetrachtung.

Wir sind am Ende. Die Ansprüche, die Mieter und Vermieter erheben können, sind genannt. Als ersatzpflichtig hat sich für einen Teil der Schäden der Vermieter, für einen anderen der Beamte erwiesen. Des letzteren Haftung wird mitunter durch die der Gemeinde, mitunter durch die des Staates ersetzt. Die Bedingungen, die sich einer Inanspruchnahme entgegenstellen, sind erschöpft. Die Beschwer, die mit dem Vorgehen verbunden, ist offensichtlich. Das Erfordernis vorgängiger Aufhebung der polizeilichen Verfügung, für die das Anrufen mehrerer Instanzen notwendig werden kann; die Möglichkeit der, zumindest verzögernd wirkenden, Erhebung des Konflikts durch die vorgesetzte Behörde; die Beweislast für das Verschulden des Beamten beim Erlasse der Verfügung — alles das läßt ein Vorgehen des Geschädigten dornenvoll erscheinen.[239] Dennoch ist die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit, auf

---

239. Der Klagende läuft überdies Gefahr, wenn er seine Schadensersatzansprüche gegen die Gemeinde richtet, abgewiesen zu werden, weil eine „gesetzliche Einschränkung des Eigentums", und wenn er sich an den Beamten hält, abschlägig beschieden zu werden, weil eine „Aufopferung zum Wohle des gemeinen Wesens" vorliege. Die Stellung, die das Gericht zu diesen überaus feinen juristischen Gebilden nimmt, wird dem Kläger nicht immer vorher klar sein.

Daß die Klage, unabhängig von der Höhe des Streitwerts (nach dem Vorbehalt des § 70 Abs. 3 G.V.G., von dem alle Landesgesetze mit Ausnahme von Oldenbung Gebrauch gemacht haben, vgl. Struckmann-Koch a. a. O. S. 1209), vor das Landgericht gehört, kann nicht als Erschwerung betrachtet werden. Eher kann man noch darin wegen der damit gewährleisteten Revisibilität einen Vorzug erblicken, zumal diese ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zugelassen ist. Vgl. C.P.O. § 547, G.V.G. § 70 und für Preußen § 39 des Ausführungsgesetzes vom 24. 4. 1878 (Gesetzsammlung S. 230) in der Neufassung des Art. 130 des Ausführungsgesetzes zum Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 21. September 1899 (Gesetzsammlung S. 249).

den angegebenen Wegen Ersatz zu erlangen, nicht zu leugnen.

In den geschilderten Schwierigkeiten liegt letzten Endes vor allem ein Nachteil für den Vermieter. Denn während der Mieter einen großen Teil seines Schadens auf einfachem Wege unmittelbar von dem Vermieter ersetzt erlangen kann, ist dieser ausschließlich auf den so beschwerlichen Weg angewiesen, auf dem die Ansprüche gegen den Beamten durchzufechten sind. Allerdings muß auch der Mieter diesen Weg gehen, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung erlangen will. Aber das bleibt immerhin ein Weniger gegenüber den vielfältigen Ansprüchen, wegen deren der Vermieter sich an den Beamten wendet.

Verzeichnis der benutzten Literatur.

1. Anschütz, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt (Sonder-Abdruck aus dem Verwaltungs-Archiv 1897).
2. Arnold, Die Wohnungsmiete (1899).
3. Biermann, Johannes, Privatrecht und Polizei in Preußen (1897).
4. Derselbe, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (1898).
5. Biermann, Wilhelm, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im Bürgerlichen Recht (Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 91, S. 73—102).
6. Borcherdt, Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, mit besonderer Berücksichtigung des Allgemeinen Landrechts (1899).
7. Bornhak, Das Polizeiverfügungsrecht in Preußen (Verwaltungsarchiv Bd. V, S. 137 ff.).
8. Derselbe, Preußisches Staatsrecht (1888—1890).
9. v. Brauchitsch, Die neuen Preußischen Verwaltungsgesetze (V. Bearbeitung von Studt und Braunbehrens, 1896).
10. Brückner, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen (1902).
11. Brückner, Inwieweit sind die am 1. Januar 1900 bereits bestehenden Mietverhältnisse nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch f. d. D. R., insbesondere nach den im sozialpolitischen Interesse erlassenen,

sogenannten zwingenden Vorschriften desselben, zu beurteilen?

Das Recht, Jahrgang 4 (1900) S. 113—116.

12. Cohn, Untersuchungen zu § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Gruchots Beiträge, Bd. XXXXIII, S. 96 ff, 376 ff.).
13. Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts (II. Auflage 1899).
14. Cretschmar, Das Bürgerliche Recht unter besonderer Berücksichtigung der Preußischen Landesgesetzgebung (1902).
15. Cretschmar, Die auf den Zivilprozeß bezüglichen Normen des rhein-preußischen Landesrechts (Anhang IV, zu Gaupp, die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, II. Auflage 1895).
16. Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts (1900).
17. Derselbe, Die juristische Natur der Miete nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. XXXVII (der zweiten Folge I. Bd.), S. 1 ff.).
18. Crusen-Müller, Das Preußische Ausführungsgesetz zum B.G.B. vom 20. September 1899. Erläutert. (1900, 1901).
19. Delius, Haftpflicht der Beamten (1901).
20. Derselbe, Die Haftpflicht der Beamten, unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung (Deutsche Juristen-Zeitung 1904, S. 525—533).
21. Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs (III. Auflage 1899).
22. Derselbe, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens (Allgem. Teil 1902, Recht der Schuldverhältnisse I./II. Auflage 1899—1901, Sachenrecht, II. Auflage 1901).
23. Dock, Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen

Handlungen seiner Beamten (Archiv für öffentliches Recht, Bd. XVI, (1901), S. 244—279).

24. Dreyer, Verpflichtung des Staates aus den Handlungen seiner Beamten, Zeitschrift für französisches Zivilrecht, IV, (1874), S. 383—403.

25. Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (Gruchots Beiträge, Bd. XXXXIII, S. 305 ff.).

26. Eck, Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs (fortgeführt von Leonhard, Bd. I, 1893).

27. Endemann, Einführung (Lehrbuch) in das (des) Bürgerliche (n) Gesetzbuch (s) (VII. Auflage 1900; Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse (I, 1—4), VIII. Auflage, 1901—1903).

28. Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht (II. Auflage 1901).

29. Fleischmann, Die Entschädigung der öffentlichen Betriebsunternehmungen bei polizeilich verfügter Straßensperrung.

Egers Zeitschrift für Eisenbahnrecht (eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen) Bd. XX 1904, S. 286—296, 370—377, Bd. XXI S. 309—317, 423—429.

30. Förstemann, Prinzipien des Preußischen Polizeirechts (1869).

31. Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts (V. Auflage 1887/1888).

32. Förtsch, Der Code civil nach dem 1. Januar 1900 (Deutsche Juristen-Zeitung 1900, S. 21/22).

33. Gerland, Das Kgl. Oberverwaltungsgericht zu Berlin und die Baupolizei (Archiv für öffentliches Recht, Bd. XIV, (1899), S. 113 ff.).

34. Geser, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen gegen-

über Privaten und gegenüber dem Staate, mit besonderer Berücksichtigung des schweizer. Rechts. (1899).

35. Gierke, Deutsches Privatrecht (in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft II, 3, 1, Bd. I, 1895).

36. Derselbe, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (1887).

37. Goette, Bemerkung in der Deutschen Juristen-Zeitung (1899, S. 398).

38. Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt (I. Auflage 1900).

39. Frhr. v. d. Goltz, Die Wohnungsinspektion und ihre Ausgestaltung durch das Reich 1900.

40. Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (1903).

41. Grossart, Folgen der Unmöglichkeit der dem einen Teile obliegenden Leistung beim gegenseitigen Vertrag; Freiburger Inaugural-Dissertation 1904.

42. Haffner, Ueber die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Richter (Syndikatsklage); Tübinger Inaugural-Dissertation 1885.

43. Hauser, Die Deutsche Gerichtsverfassung (1879).

44. Held, Gesetze und Verordnungen für die Polizeiverwaltung und Strafrechtspflege im Regierungsbezirk Potsdam (1887).

45. Held und Junge, Gesetze und Verordnungen für die Polizeiverwaltung und Strafrechtspflege im Regierungsbezirk Frankfurt a./O. (1887).

46. Held, Gesetze und Verordnungen für die Polizeiverwaltung und Strafrechtspflege im Regierungsbezirk Königsberg O.-Pr. (1887).

47. Heydemann, Einleitung in das System des Preußischen Zivilrechts, 2. Auflage 1861/68.

48. Jacobi, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325/326 B.G.B. unter besonderer Berücksichtigung der Lehre vom Kaufvertrage. (Erlanger Inaugural-Dissertation 1902).
49. Jahn, Bemerkungen über den Unterschied zwischen fiskalischen und landeshoheitlichen Rechtsverhältnissen; Zentralblatt für Preußische Juristen, Jahrgang 1837, Spalte 439/445.
50. Jastrow, Der Einfluß der Reichsjustizgesetze und der zugehörigen Ausführungsgesetzgebung auf einzelne Einrichtungen des Preußischen Rechts (Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. XXX, S. 297—357).
51. Illing-Kautz, Handbuch für preußische Verwaltungsbeamte (VII. Auflage 1898).
52. Jung, Delikt und Schadenshaftung. Ein Beitrag zur Lehre vom außerkontraktlichen Schadensersatz (1897).
53. v. Kalckstein, Leistungen der Wohnungsinspektion in deutschen Städten; Zeitschrift für Wohnungswesen, Jahrgang 2 (1903/1904) S. 256—260.
54. Kaufmann, Bemerkung in der deutschen Juristen-Zeitung (1899, S. 152).
55. Kayser, Staatsamt und Staatsdienst nach dem bürgerlichen Gesetzbuch; Erlanger Inaugural-Dissertation. 1899.
56. Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1900).
57. Derselbe, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen (Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. XXXXIV (1902) S. 68—142).
58. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen (1900).
59. Klewitz, Die Entschädigungspflicht aus rechtswidri-

gen Amtshandlungen unter Berücksichtigung des Entwurfes eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs, 1891.

60. Klüber, Die Selbständigkeit des Richteramtes und die Unabhängigkeit seines Urteils im Rechtsprechen, 1832.

61. Koehne, Das Preußische Gesetz vom 11. Mai 1842 (1895).

62. Derselbe, Der öffentlich-rechtliche Entschädigungsanspruch der Anlieger an Straßen bei Veränderungen der letzteren (Archiv für öffentliches Recht 1898, S. 545 bis 585).

63. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches (IV. Auflage 1901).

64. Landsberger, Die Wohnungsinspektion in der Stadt Posen; Deutsche Vierteljahrsschrift für öffentliche Gesundheitspflege, Bd. 29 (1897), S. 455—466.

65. Lasker, Zur Verfassungsgeschichte Preußens (1874).

66. Lehmann, Das neuste Heft der Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen (Deutsche Juristen-Zeitung 1903, S. 114 ff.).

67. Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1898).

68. v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs (1898).

69. Derselbe, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts (XI. Auflage 1902).

70. Loening, Die Haftung des Staats für rechtswidrige Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht (1879).

71. Derselbe, Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen; Verwaltungs-Archiv III (1895) S. 94 ff.

72. Derselbe, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts; 1884.

73. Loewenberg, Beiträge zur Kenntnis der Motive der Preußischen Gesetzgebung (1843).
74. Mangold, Untersuchung über die Wohnungsfrage in der deutschen Schweiz. Neue Untersuchungen über die Wohnungsfrage in Deutschland und im Ausland, herausgegeben vom Verein für Sozialpolitik, Bd. 97 (1901), S. 1 ff.
75. Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht 1895/96.
76. Derselbe, Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht; Neue Zeit- und Streitfragen, herausgegeben von der Gehe-Stiftung zu Dresden, Heft 8 (1904).
77. Meltz, Die Beamtenhaftpflicht nach § 839 B.G.B.; Rostocker Rechtswissenschaftliche Studien, II. Bd., 3. Heft, 1904.
78. Meyer, Georg, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts; VI. Auflage, bearbeitet von Anschütz, 1905.
79. Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reichs (1900).
80. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht (I. Abteilung 1853 ff.).
81. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. (Amtliche Ausgabe 1888).
82. Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (II. Auflage 1900).
83. Niedner, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1901).
84. Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse (1899).
85. Derselbe, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen Recht (1901).
86. Derselbe, Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten (in der Festgabe für Heinrich Dernburg zum 50jährigen Doktorjubiläum am 4. April

1900, überreicht von der Juristenfakultät der Universität Berlin (1900), S. 61—89).
87. Oppenhoff, Die Gesetze über die Ressortverhältnisse zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden in Preußen; 2. Auflage 1904.
88. Oswalt, Bemerkung in der Deutschen Juristen-Zeitung (1899, S. 214).
89. Parey, Die Rechtsgrundsätze des kgl. Preußischen Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte; 1889.
90. Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht 1867.
91. Piloty, Die Haftung des Staates für rechtswidrige Handlungen und Unterlassungen der Beamten bei Ausübung staatlicher Hoheitsrechte (Annalen des Deutschen Reichs 1888, S. 245—271).
92. Planck (in Verbindung mit anderen), Bürgerliches Gesetzbuch, nebst Einführungsgesetz, erläutert. (I. und II. Auflage 1900).
93. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (herausgegeben von Achilles, Gebhard, Spahn, 1898).
94. Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (1892 bis 1896).
95. Rehbein, Die Entscheidungen des vormaligen Preußischen Obertribunals auf dem Gebiete des Zivilrechts (II. Auflage 1887).
96. Derselbe, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen (Allgem. Teil 1899, Recht der Schuldverhältnisse 1. und 2. Lieferung 1900).
97. Rehm, Artikel: „Fiskus“ in Stengels Wörterbuch des Verwaltungsrechts, 3. Ergänzungsband (1897), S. 96 bis 100.
98. Reincke, Die Beaufsichtigung der vorhandenen Woh-

nungen; Neue Untersuchungen über die Wohnungsfrage usw. Bd. 95 (1901), S. 3—43.

99. Derselbe, Die Revision des Hamburgischen Wohnungspflegegesetzes; Zeitschrift für Wohnungswesen, Jahrgang 2 (1903/04), S. 46 ff.

100. Roemer, Das Recht desjenigen Kontrahenten, welcher einen Vertrag erfüllt hat, im Falle der Nichterfüllung von Seiten des anderen Kontrahenten (Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. XIX (1874), S. 123—142.

101. v. Roenne, Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie IV. Auflage 1881—1885).

102. Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. Verwaltungsrechtlich entwickelt und dargestellt (II. Auflage 1895).

103. Derselbe, Der Begriff der Polizei und der Umfang des polizeilichen Verfügungs- und Verordnungsrechts in Preußen (1895).

104. Derselbe, Artikel: „Polizeiverfügung“ (in Stengels Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts (1890 bis 1893), Bd. II, S. 273, I. Ergänzungsband, S. 75, III. Ergänzungsband, S. 180.

105. Rothschild, Die Haftung des Justizbeamten und des Staates aus unerlaubten Amtshandlungen; Freiburger Inaugural-Dissertation (ohne Jahreszahl).

106. v. Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege (1880).

107. v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts (1840/49).

108. Schaufuß, Die Verletzung des Eigentums oder eines sonstigen Privatrechts eines anderen in § 823 B.G.B. (Bonner Inaugural-Dissertation 1899).

109. Schilling und Stübben, Die Bauordnung; Neue Untersuchungen über die Wohnungsfrage usw., Bd. 95 (1901), S. 187—248.

110. Schoeller, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung

bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. XXXXIV (1900), S. 603—646 und Bd. XXXXV (1901), S. 511—546).

111. Derselbe, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem B.G.B. (Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. XXXXVI (1902), S. 1 ff., S. 253 ff.).

112. Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse. Erste Hälfte: Allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse (1900).

113. Derselbe, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1897).

114. Schreier, Die Lehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs von den gegenseitigen Verträgen (Erlanger Inaugural-Dissertation 1898).

115. Schultzenstein, Die polizei-rechtliche Bedeutung des § 544 des Bürgerlichen Gesetzbuchs; Deutsche Juristen-Zeitung, Bd. IV (1899), S. 431—433.

116. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1897).

117. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, VI/VII. (Auflage 1900).

118. v. Staudinger (in Verbindung mit anderen), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1898—1902).

119. Stier-Somlo, Kommentar zum Gesetz über die Allgemeine Landesverwaltung vom 31. Juli 1883 (1902).

120. Derselbe, Die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung seines Eigentums in polizeigemäßem Zustande (1898).

121. Derselbe, Bericht und Kritik über verwaltungsrecht-

liche Zeitschriftenliteratur; Verwaltungsarchiv, Bd. X (1902), S. 515 ff., 534/535.

122. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen (1901).

123. Strohal, Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1897).

124. Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst den auf den Zivilprozeß bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und den Einführungsgesetzen (VII. Auflage 1901).

125. v. Sydow, Die Zulässigkeit des Rechtsweges (1860).

126. Thoene, Fundamental-Lehren des Preußischen Privatrechts; 1833.

127. Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach Deutschem Bürgerlichen Recht (1900).

128. Tumpowsky, Der Mängelanspruch des Mieters nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (Leipziger-Inaugural-Dissertation 1902).

129. Westhoff, Der Schadensersatzanspruch des Bergwerksbesitzers bei Anordnung eines Sicherheitspfeilers durch bergpolizeiliche Verfügung; Zeitschrift für Bergrecht, Bd. 43 (1902), S. 450—475.

130. v. Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen. Mit Kommentar in Anmerkungen (VII. Auflage 1895).

131. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts (VIII. Auflage, unter vergleichender Darstellung des Deutschen Bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Kipp, 1900).

132. Zachariae, Ueber die Haftungsverbindlichkeit des Staats aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten; Zeitschrift für gesamte Staatswissenschaft, Bd. XIX (1863), S. 582 ff.

133. Zweigert, Die Beaufsichtigung der vorhandenen

Wohnungen; Neue Untersuchungen über die Wohnungsfrage usw., Bd. 95 (1901), S. 45—112.

---

134. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. IX, X, XIX, XXVII, XXVIII, XXXIV, LI, LII, LIV.
135. Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. IX.
136. Entscheidungen des vorm. Kgl. Geh. Ober-Tribunals, Bd. XXXXIII, LVI, LXVIII, LXXV.
137. Entscheidungen des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts, Bd. IV.
138. Entscheidungen des Kgl. Preuß. Oberverwaltungsgerichts, Bd. I, III, V, VII, VIII, XVI, XXIV, XXXI.
139. Justizministerialblatt, Jahrgang 1848, 1852—1858, 1862, 1870, 1874, 1877, 1884, 1890.
140. Ministerialblatt für die gesamte innere Verwaltung, Jahrgang 1854, 1872, 1884.
141. Bolzes Archiv, Bd. XXI, XXII.
142. Striethorsts Archiv für Rechtsfälle, Bd. I, XXVI, XXXIV, IL, L, LX, LXXVII, LXXXVI.
143. Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausgegeben von Rassow, Küntzel und Eccius, Bd. XXVI, XXVII, XXXIV, XXXV, XXXIX.

Inhaltsverzeichnis.


89095281614
B89095281614A